60916

# REVISTA BRASILEIRA DE
# CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 97 • jul-ago. / 2012

REVISTA BRASILEIRA DE
**CIÊNCIAS CRIMINAIS**

Ano 20 • vol. 97 • jul-ago. / 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, Andrei Zenkner Schmidt, Carina Quito, Carlos Weis, Carolina Dzimidas Haber, Celso Eduardo Faria Coracini, Cleunice Valetim 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, Karyna Sposato, Juliana Garcia Belloque, 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 Sanches 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, Luis Francisco da Silva Carvalho Filho, Luís Greco, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

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

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

**IBCCRIM**

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

ISSN 1415-5400

# REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 97 • jul-ago. / 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. 97 • jul-ago. / 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
**editorial.revista@rt.com.br**

Impresso no Brasil: [08-2012]
Profissional
Fechamento desta edição: [02.08.2012]

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 Costa

*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 S. 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 Luis Marques da Silva

*Boletim*
Fernanda Regina Vilares

*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 Direitas e Garantias Fundamentais*
Ana Lúcia Menezes Vieira

*Direito Penal Econômico*
Pierpaolo Cruz Bottini

*Doutrina Geral da Infração Criminal*
Mariângela Gama de Magalhães Costa

*Direito Penal Econômico*
Pierpaolo Cruz Bottini

*Doutrina Geral da Infração Criminal*
Carlos Vico Mañas

*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 Rudge 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 (Ria 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 (Ria 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)* – Guilherme Henrique 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 (Alagaas)* – Ivan Luís Marques 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

# Sumário

## Teoria Geral


1. Método e limites da interpretação conforme as fontes supranacionais em matéria penal
   Vittorio Manes
   Traduzido por Rogério Fernando Taffarello ..... 11

2. O princípio da confiança como instrumento delimitador da autoria nos crimes negligentes perpetrados pelos profissionais de saúde
   Fernanda Gonçalves Galhego Martins ..... 69

3. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado
   Humberto Souza Santos ..... 87

4. Republicanismo penal e liberdades públicas: sobre os limites da função promocional do direito penal
   João Pedro Chaves Valladares Pádua ..... 119

5. O que protege o direito penal? Bens jurídicos ou vigência da norma?
   José Francisco Dias da Costa Lyra ..... 143

6. Critérios de seleção de bens jurídico-penais. Em busca de um conteúdo material para o princípio da fragmentariedade
   Savio Guimarães Rodrigues ..... 183


## Parte Especial


1. Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código Penal español
   Ignacio Berdugo Gómez de La Torre e Giorgio D. M. Cerina ..... 217

2. Nótulas esparsas sobre o crime de administração danosa no Código Penal português
   André Lamas Leite ..... 283

3. El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos
   Gustavo Balmaceda Hoyos ..... 299

4. Aspectos controvertidos do delito de duplicata simulada
HELIOS NOGUÉS MOYANO E DOUGLAS LIMA GOULART ..... 365

CRIME E SOCIEDADE

1. Crime e risco. Os novos rumos do direito penal: uma política criminal de defesa social
CAROLINA BARRETO LEMOS E CARLOS AUGUSTO CANÊDO GONÇALVES DA SILVA .... 393

DIREITO PENAL ECONÔMICO

1. Coautoria e participação no crime de gestão fraudulenta: o agente não elencado no rol do art. 25 da Lei 7.492/1986
CAMILA AUSTREGESILO VARGAS DO AMARAL ..... 423

HISTÓRIA

1. Uma leitura da Inquisição através da análise do discurso e do saber jurídico-penal
EDUARDO BAKER VALLS PEREIRA ..... 451

DIRETO INTERNACIONAL

1. Imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade?
VINÍCIUS ABDALA ..... 485

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

1. Presunção de violência no estupro de vulnerável: comentário à decisão da 3.ª Seção Criminal do STJ no EREsp 1.021.634
ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA ..... 511

RESENHAS

1. *Criminologia*, de Sérgio Salomão Shecaira
Resenha por FERNANDA CAROLINA DE ARAUJO IFANGER ..... 555

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES ..... 563

TEMAS ..... 564

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA ..... 569

60917

# 1 MÉTODO E LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONFORME AS FONTES SUPRANACIONAIS EM MATÉRIA PENAL

*Method and limits of interpretation according to the supranational forces on criminal issues*

**VITTORIO MANES**

Professore associado di Diritto Penale - Università del Salento.

Traduzido por ROGÉRIO FERNANDO TAFFARELLO

Mestre em Direito Penal pela USP. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente trabalho investiga alguns aspectos da incidência das fontes supranacionais em matéria penal, na precípua perspectiva da interpretação conforme.

Move-se a partir dos diferentes graus de vinculatividade estabelecidos, para as diversas fontes, nas recentes decisões da Corte Constitucional: algumas importam, antes de mais nada, como "auxílio interpretativo", outras como "parâmetro (interposto) de legitimidade", outras ainda possuem aplicabilidade direta, conduzindo à desaplicação da norma interna que lhe seja contrastante. Aprofunda-se, pois, a temática da interpretação conforme, analisando seus pressupostos e, sobretudo, os precípuos limites que

ABSTRACT: This paper deals with some aspects of the influence of supranational sources on criminal matters, under the perspective of the conforming interpretation.

It goes from the different degrees of binding effect established, for the different sources, in the recent judgments of the Constitutional Court: some of them are intended as "interpretative aid", others as "(interposed) parameter of legitimacy", others have direct applicability, leading to the disapplication of the contrasting national statutes. The subject of the conforming interpretation (or "principle of consistent interpretation") is then analyzed in more depth, with an analysis of its assumptions and especially of its

operam em matéria penal, assinalando a problematicidade das hipóteses de interpretação corretiva com efeitos desfavoráveis ao imputado, assim como os riscos de sub-reptícias aplicações analógicas ou ainda de (indevidas) desaplicações com efeitos *in malam partem*.
Finalmente, colocam-se à luz os novos problemas decorrentes da progressiva emersão dos direitos fundamentais no circuito multinível, apresentando alguns aspectos adicionais do diálogo entre juiz ordinário, Cortes supranacionais e Corte Constitucional.
**PALAVRAS-CHAVE:** Interpretação - Fontes supranacionais - Interpretação conforme - Direitos fundamentais - Sistema multinível.

limits in criminal law, showing the problematic of the hypothesis of conforming interpretation with detrimental effects for the accused, as well as the risks of analogical applications or even (inappropriate) disapplication with the same *in malam partem* effects.
Finally, the new problems due to the progressive surge of human rights in the multilevel system come to light, presenting some additional aspects of the dialogue between the common Courts, supranational Courts and Constitutional Court.

**KEYWORDS:** Interpretation - Supranational sources - Conforming interpretation - Fundamental rights - Multilevel system.

SUMÁRIO: 1. No labirinto penal: 1.1 As mutações genéticas do tecido normativo; 1.2 A Corte Constitucional e a busca de "regras de convivência" - 2. A irrupção da interpretação conforme - 3. Fundamento do cânone de interpretação conforme: algumas premissas: 3.1 A dimensão progressivamente vasta do vínculo interpretativo para as fontes "supraestatais"; 3.2 Interpretação conforme e ulteriores paradigmas de interação entre fontes: a difícil aposição dos termos - 4. Os limites da interpretação conforme em matéria penal: 4.1 O limite "lógico" como primeira barreira para formas de "normação mascarada"; 4.2 Limites axiológicos que se defrontam com a especificidade da matéria penal: 4.2.1 A vedação a interpretações conformes *in malam partem* no entendimento da Corte Constitucional e das Seções Unidas da Cassação; 4.2.2 Algumas questões críticas: o risco de "criptoanalogias"; 4.2.3 (segue) ... e de "criptodesaplicação" *in malam partem*; 4.2.4 (segue) Presunções "comunitariamente orientadas" e (possível) conflito entre interpretações conforme; 4.3 Primazia da interpretação conforme e supremacia das (ulteriores) garantias fundamentais em matéria penal; 4.4 Interpretações conformes com efeitos reduzíveis ou favoráveis (*in bonam partem*): em particular, o "superação constitucional" e a função "prismática" da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos - 5. O juiz penal na rede "multiníveis" dos direitos fundamentais: ainda entre interpretação conforme e desaplicação - 6. O juiz na "morsa" das fontes supranacionais.

## 1. NO LABIRINTO PENAL

A complexidade das fontes[1] é o tema da nossa geração, se por geração se entende "não um simples período de tempo, um nascer ou morrer em anos

1. Este trabalho é parte de um estudo maior em desenvolvimento, dedicado à incidência das fontes supranacionais em matéria penal: é, portanto, um *work in progress*, necessariamente seletivo e suscetível de ser ampliado.

contíguos, mas *um horizonte de problemas e de respostas*":[2] a "frantumazione stellare" e a "despolarização" dos centros de produção do direito, na era pós-nacional, confirmam também desde o ângulo penalístico a passagem, já conclamada, para uma estrutura reticular e polissistêmica do fenômeno jurídico, que não tem mais o seu limite na soberania estatal,[3] implicando, entre outros, densos problemas de incidências aplicativas.[4]

Não é um efeito "*trompe-laeil*", nem a hiperbólica antecipação do futuro, mas a fotografia de um presente que encalça: quem se defronte com esse cenário se apercebe logo de quanta distância já se tenha passado desde os tempos em que a ciência penal – e a sua fenomenologia juspositiva – aparentavam "uma China imperial fechada em suas muralhas e com as portas escancaradas"; e enxerga, ademais, as tramas desconexas e emaranhadas de um labirinto.

### 1.1 As mutações genéticas do tecido normativo

A "anamorfose" do sistema das fontes não possui, entretanto, a sua causa exclusiva na multiplicação *quantitativa* daquelas, ou no novo deslocamento geográfico e sistemático, que entre outras coisas reflete já "uma reunião (...) confusa e desordenada" frente à qual "há algo a ser temido":[5] registram-se, ademais, mutações *qualitativas*, que acompanham a progressiva maturação do "ordenamento jurídico integrado", e que, de um lado, libertam definitivamente também a "cittadela penale" do paradigma *ordine geometrico demonstratum* da modernidade jurídica,[6] e, de outro, exaltam (ainda mais) o papel do juiz, colocando-o diante de um instrumental jurídico original, sempre *in progress*, e sempre mais pontilhado de *leges imperfectae*.

Na raiz, de resto, pareciam ser verazes e próprias modificações genéticas do tecido normativo, que gradualmente deixam emergir a progressiva "destipificação" do sistema.[7]

---

2. N. IRTI. La filosofia di una generazione. In: ID., *Diritto senza verità*, Roma/Bari, 2011, p. 89.
3. Limito-me a recordar o exame extenso oferecido pelo rico ensaio de A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, passim.
4. A respeito, oferecem um quadro de preciosa síntese, atualmente, F. VIGANO; O. MAZZA, *Europa e giustizia penale, Gli speciali di Diritto penale e proccesso*, 2011.
5. Assim, P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo post-moderno*, Napoli, 2011, p. 73; ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma/Bari, Laterza, 2012, passim.
6. Remeta-se ao estimulante retrato de M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, passim.
7. De "mutações genéticas do discurso penalístico", como referência à "jurisprudência-fonte" e à "variedade dos atores jurídicos", cuida também M. DONINI, *Il problema*

Isso tem a ver, de um lado, com "disposições sem normas",[8] como as cartas de direitos (e no que aqui interessa mais intensamente, a Carta de Nizza[NT1] e a CEDH[NT2]), por si esparsas e essenciais, frequentemente elípticas, e ainda assim insuficientes sem as correspondentes concretizações jurisprudenciais, que delas oferecem – "*here and now*" – o significado atual; de outro, e simetricamente, irrompem sempre mais "fontes sem disposições", entre as quais destaca, com efeito, a "jurisprudência-fonte" das Cortes europeias, que já adquire um papel autenticamente normativo nos ordenamentos domésticos, assumindo um valor "supralegislativo" e até mesmo "paraconstitucional".[9]

Mas se defrontam também "fontes (vigentes, porém) com *só efeitos mediatos*" (ou "indiretos"): delas são exemplos sejam as diretivas da União Europeia, que, no contexto penal, também após o longo percurso que conduziu à atribuição expressa de competências (autônomas e acessórias: art. 83, TFUE) sempre restam atos que não podem produzir "efeitos diretos" de escopo incriminador ou agravante, e que necessitam sempre da mediação do singular Estado-membro para que possa ter (direta) aplicação, e concreta incidência, sobre a esfera jurídico-penal de cada qual;[10] seja as "normas"

---

*del metodo penalistico: da Arturo Rocco all'europeismo giudiziario*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, p. 43 e ss., e especialmente p. 49 e ss., mas em perspectiva diversa, assinalando como "a explosão das fontes muta o código genético da construção do direito como resultado das interpretações das regras, e como direta (ainda que não imediata) consequência *muta a identidade mesma da dogmática* (...)" (p. 48).

8. Utilizo esta definição – sem qualquer pretensão de "tecnicidade" – em uma acepção evidentemente diversa da proposta por R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 69 e ss.

NT1. Nota do Tradutor: Assim se faz referência à atual Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que entrou em vigor no dia 1.º de fevereiro de 2003.

NT2. Nota do Tradutor: Convenção Europeia de Direitos do Homem.

9. Cfr. infra, § 1.2.

10. Com clareza, A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in [www.penalecontemporaneo.it], p. 2 (e nota 2); amplamente, a respeito, G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, Jovene, 2011, p. 2326 e ss.; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1150 e ss. [publicado também em verssão francesa, com certas modificações, sob o título: *"Criminaliser sans punir". Réflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe ou indirecte) de l'Union européenne prévu par le Traité de Lisbonne*, in *RSC*, 2010]; R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano* cit., vol. IV, p.

derivadas do sistema CEDH, que a par das primeiras são insuscetíveis de aplicação direta.[11]

Paralelamente, em âmbito "interno", registram-se "fontes (vigentes, porém) privadas de aplicabilidade", como as disposições nacionais destinadas a não ter aplicação quando contrastantes com uma fonte comunitária capaz de "neutralizar-lhes" a concreta operatividade. E estas produzem intersecções que comprometem o juiz em uma atividade de *découpage* que atualmente parece por em causa não somente as tradicionais "liberdades econômicas" ou peculiares normas setoriais, bem como o mais amplo conjunto dos direitos fundamentais: direitos alimentados de uma *cross-fertilization* "universal", e ainda assim projetados – ao que parece – sobre âmbitos distintos de operatividade, e caracterizados por uma abstração e por uma flexibilidade que rendem difíceis soluções peremptórias no confronto com a norma doméstica.[12]

Direitos mesmos e liberdades fundamentais, da mesma maneira com os outros "princípios" – vez a vez fundamentais, com efeito, mas também supremos, comuns, gerais, formais ou substanciais, imanentes ou transcendentes ao sistema – destacam-se transversalmente sobre o fundo desta realidade já assim po-

---

2625 e ss.; ainda, G. ABBADESSA, Dal "diritto penale comunitario" al diritto penale della nuova Unione europea: problematiche dell'interregno, in *RTDPE*, 2009, p. 457 e ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, especialmente p. 107 e ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Firenze, Edizioni ETS, 2009, p. 237 e ss.; na literatura alemã, entre outros, B. HECKER, *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, in K. AMBOS (Hrsg), *Europäisches Strafrecht nach Lissabon*, Universitätsverlag Göttingen, 2011, p. 13 e ss.; J. VOGEL, *Die Strafgesetzgebungskompetenzen der Europäischen Union nach Art. 83, 86 und 325 AEUV*, ivi, p. 41 e ss.

11. Sobre a "capacidade" de ambas as fontes – diretivas (e decisões-quadro) UE e normas CEDH – de poderem integrar "parâmetros interpostos de legitimidade" em face da Corte Constitucional, nos limites do respeito aos demais princípios da Constituição (de todos os princípios, no caso das normas interpostas de derivação convencional; "apenas" dos "contralimites", no caso de normas interpostas de derivação "eurounitária"), cfr. ainda infra, § 1.2.
Ainda diversa, por outro lado, a posição de outras fontes supranacionais, como as convenções, e, assinaladamente, no que concerne à matéria penal, a Convenção OCDE sobre a luta contra a corrupção de oficiais públicos estrangeiros nas operações econômicas internacionais, firmada em Paris aos 17.12.1997 (sobre a qual cfr., entre outros, G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale*, Milano, 2007, p. 49 e ss., 54 e ss.), relativamente à qual a Corte ainda não reconheceu a validade de norma interposta de legitimidade constitucional.

12. Sobre ambos os perfis, cfr. infra, § 5.

licroma, defrontando-se nos contextos singulares (e nos casos singulares) com "geometrias e geografias variáveis":[13] *Grundnormen* (e frequentemente *Grundwerten*) formalmente "atópicas" e entretanto "ubiquitárias", mencionadas em Cartas e Cortes que se sobrepõem (mas que quase nunca aceitam ver reduzidas as próprias instituições ao papel de mero *restatement of law*), reclamadas pelo dinamismo típico das reconstruções *multilevel*, que as expõe a equilíbrios sempre novos e sempre mais complexos, para a afirmação daquelas segundo diversos níveis de abstração (de "especificidade" ou de "generalidade"), e, por aquela via, ao risco sempre alto de uma hiperintegração ou, ao revés, de uma desintegração,[14] a segunda do *milieu culturale* em que vêm extraídas.[15]

### *1.2 A Corte Constitucional e a busca de "regras de convivência"*

A Corte Constitucional é o metrônomo fundamental – e, portanto, o observatório privilegiado – destas mutações, e das repercussões que o seu enxerto produz sobre o ordenamento jurídico: ainda antes de poder desenvolver o tradicional papel de censor das insubordinações hierárquicas entre uma fonte e outra (com no tradicional modelo "piramidal" kelseniano, em que era garante do *Stufenbau* ordenamental), deve empenhar-se a estabelecer a exata colocação e a classificação que se deva atribuir às fontes diversas, e a esclarecer os efeitos que as mesmas possam explicar ora "em sede difusa", ora na sede típica do controle concentrado de constitucionalidade.

É, portanto, nos seus extratos que – entre as malhas da "rede" – é possível entrever não ainda o molde de uma "pirâmide", mas ao menos um conjunto de ordens jurídicas não ordenadas em sistema.[16]

---

13. Retomo o léxico de M. DELMAS MARTY (dir.), *Critique de l'intégration normative: l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Paris, 2004, p. 35 e ss.

14. Cfr., L. H. TRIBE-M. C. DORF, *On reading the Constitution*, trad. it. *Leggere la Costituzione*, Bologna, 2005, p. 31 e ss., 35 e ss., 99 e ss., 136 e ss. (veja-se também a *Introduzione* ao volume di S. BARTOLE, VIII e ss.); veja-se ainda, a respeito, A. M. MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. GRASSO; R. SICURELLA (orgs.), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, p. 83 e ss.; e mais, com referência ao *nullum crimen*, O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano* cit., vol. IV, p. 2197 e ss.

15. Basta recordar o princípio de aplicação retroattiva da *lex mitior*, nas diversas leituras que lhe conferem a Corte Europeia com a célebre sentença *Scoppola* (CEDH, 17.09.2009, *Scoppola c. Italia*) e a Corte Constitucional [italiana], na sentença 236 de 2011.

16. Cfr., embora desde ângulo diverso, S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, Roma, 2009, p. 101 e ss.

As decisões dos últimos anos,[17] de resto, testemunham uma atividade constante e frenética nesta direção, e uma reação em direção à progressiva "agnição" (e "sistematização") das fontes supranacionais, ora como *auxílios interpretativos* (todas as fontes internacionais, em princípio, à luz do art. 117, par. 1.°, da Constituição italiana), ora como *parâmetros interpostos de legitimidade* (assim são as disposições da CEDH e a jurisprudência da sua Corte, a partir das "sentenças gêmeas", nn. 348 e 349 de 2007, substancialmente reiteradas, em seu arranjo de fundo, pela jurisprudência que se lhe sucedeu, e em particular pelas sentenças n. 311 e n. 317 de 2009, e n. 80 de 2011; são assim as normas comunitárias privadas de efeitos diretos, a partir da sentença n. 28 de 2010, referente a uma diretiva, até a sentença n. 227 do mesmo ano, concernente a uma decisão-quadro), ora como *fontes imediatamente aplicáveis* (sempre em linha de princípio, as normas do "direito UE" autoexecutórias, na evolução jurisprudencial que cuidou de regulamentos, decisões interpretativas da Corte de Justiça e diretivas "detalhadas" – respectivamente, sentenças n. 170 de 1984, n. 113 de 1985 e n. 169 de 1991 – até os princípios gerais do tratado – cfr., p. ex., a sentença n. 227 de 2010; todas, fontes suscetíveis de aplicabilidade direta também em matéria penal, à exceção dos limitesde que se falará à frente).

Poder-se-á discutir se a abordagem teorético-normativa seguida pelo juiz italiano reflete ainda reconstruções *dualistas* ou, ao revés, *monistas*: mas o que resta claro é que o contexto atual afigura-se distante do *background* segundo o qual direito comunitário e direito interno pareciam "sistemas (...) autônomos e distintos, ainda que coordenados",[18] e que a distância reduziu-se bruscamente também em sua face convencional: visto que – bem além do reconhecimento da vinculatividade interpretativa e da validade de fonte-parâmetro no controle de constitucionalidade, e na espera de uma aplicabilidade direta possível somente para o futuro (sentença n. 80 de 2011) – a conformidade do sistema

17. Das quais oferece uma rica e instrutiva sistematização, G. LEO, *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, (numero único), p. 71 e ss.

18. Nesse sentido, em particilar, a sentença 170 de 1984, com um *refrain* que, entre outras questões, ecoa ainda em muitas decisões da Corte; quanto à superação da impostação dualística, veja-se, por exemplo, I. NICOTRA, *Norma comunitaria come parametro di costituzionalità tra monismo e dualismo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 231 e ss.; R. CALVANO, *La Corte costituzionale "fa i conti" per la prima volta con il nuovo art. 117 co. 1.° Cost. Una svista o una svolta monista nella giurisprudenza costituzionale sulle questioni comunitarie?*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 4436 e ss.

interno às "normas" da CEDH vê-se ulteriormente assegurada "rompendo" um inteiro instituto processual, a revisão, e, ao fundo, o dogma da intangibilidade do julgado[19] (sentença n. 113 de 2011),[20] com incidências que parecem atingir

19. De resto, ter recolocado em discussão o dogma da intangibilidade do julgado não é, por certo, questão que se move apenas sobre o plano do direito processual (nem sobre o plano dos efeitos das sentenças da CEDH nos ordenamentos internos, desde sempre divididos entre remédio reparatório e – quando possível – remédio restituitório/*restitutio in integrum*), mas sobre o plano da soberania *tout court*: se um ato de um dado ordenamento (no caso, a sentença de uma Corte Europeia) é capaz de anular o julgado efetuado em um ordenamento diverso (o nacional), isso significa, em um quadro rigorosamente monístico, que em realidade haveria um só ordenamento (o europeu, do qual o nacional seria uma fração), ou, em um quadro dualístico, que um ordenamento (o europeu) encontra-se em posição de supremacia sobre outro (o nacional). Em suma, "a substância pouco varia: o julgado formado em um ordenamento interno parece, deste modo, um julgado com eficácia meramente interna, que pode sempre ser removidopor um julgado europeu" (P. BIAVATI, *L'efficacia diretta delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in VV.AA., *Diritto processuale costituzionale*, por L. Mezzetti-E. Ferrer Mac-Gregor, Padova, 2010, p. 55 e ss., 62 e ss.).

20. Com a já célebre sentença 113 de 2011, como observado, declarou-se constitucionalmente ilegítimo – por violação ao art. 46, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos e, por conseguinte, do art. 117, par. 1.º da Constituição italiana – o art. 630 do Código de Processo Penal, na parte em que não prevê um caso diverso de revisão da sentença penal condenatória para o fim de obter a reabertura do processo quando seja necessário, no sentido do citado art. 46, 1, da Convenção, para conformar-se a uma sentença condenatória definitiva da CEDH. Para o ordenamento italiano, trata-se de uma "transformação histórica", amplificada pelo fato de que o "novo" caso de revisão não se circunscreveu à necessidade de conformar-se às condenações em sede europeia que tenham acertado a só violação ao *fair process*, no sentido do art. 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas aparente estendido para abarcar também as condenações sobre violações de normas "substanciais" da Convenção.
Sobre a decisão, vejam-se os comentários de G. CANZIO, Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale, in *AIC* (revista eletrônica), 2011, p. 2; R. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, *ivi*, p. 7 e ss.; A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... ovverossia quando la* certezza del diritto *è obbligata a cedere il passo alla* certezza dei diritti, *ivi*, p. 12 e ss.; F. M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 794 e ss.; P. GAETA, *Dissoluzione del giudicato ed euristica giudiziale dopo la sentenza Dorigo*, in *Giustizia insieme*, 2012, no prelo; M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3308 e ss.

a mesma forma política, comportando uma ulterior progressão na "jurisdicionalização" do Estado de Direito. [21]

Sob outro viés, trata-se de uma atividade tão conspícua que – juntamente com outros fatores – vem transformando radicalmente o papel do Tribunal Constitucional (não somente) italiano, como alguns assinalam já há algum tempo: face a um Estado já *entre partes*,[22] este é cada vez menos uma "Corte dos direitos", e mais uma "Corte das fontes" (e "das competências").

## 2. A IRRUPÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME

Em um similar cenário, a interpretação é a sede em que mais visivelmente reverbera a complexidade das fontes e seus efeitos, projetando-a em uma dimensão de renovada e intensificada centralidade, que amplifica e exalta – conforme se tem observado – a dimensão judicial do direito:[23] solicitando combinações mais ou menos recentes, ora com o direito romano – um direito por excelência jurisprudencial e casuístico –,[24] ora com a ordem jurídica medieval – com as remissões a categorias antigas cardeais naquelas experiências, e no entanto atuais, como a *interpretatio* e a *aequitas* –,[25] ora com a época do "degelo

21. Veja-se, embora partindo a investigação de outros setores, B. ZANGHL, *Die internationalisierung der Rechtsstaatlichkeit*, Frankfurt/New York, 2006, p. 23 e ss.

22. Ainda N. IRTI, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in ID., *Diritto senza verità* cit., p. 107 e ss., 110, escrutinando, em particular, os fenômenos do direito europeu e do federalismo.

23. Cfr., p. ex., G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale* cit., p. 1 e ss.; R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, passim.

24. Se é assim, afigura-se paradoxal que o direito romano venha desaparecendo precisamente quando se difunde no mundo a atenção pelo *judge made law*, pelo *stare decisis* (que sempre se discute mais como estrela polar de uma futura certeza do direito), pelo *ars distinguendi*, pela análise das *rationes decidendi* e dos *obiter dicta*: cfr. S. CASSESE, *L'anatra di Goethe*, in *Index*, 2011, p. 5: "O direito romano (na sua versão originária e em seu ressurgimento devido ao humanismo jurídico), por excelência mestre no governo da multiplicidade dos direitos, desliza nos ombros no momento em que, na Europa e no mundo, desenvolvem-se direitos "multiestratos", compostos, plurais (basta pensar-se no *ius commune Europaeum*)".

25. Limito-me a algumas remissões fundamentais: P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, passim; ID., *Novecento giuridico: un secolo post-moderno* cit.; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto* cit., p. 19 e s.; na literatura penalística, A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale* cit., p. 84 e ss., 88 e ss., 98 e ss.; M. DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*,

constitucional", e com a passagem da "era da lei" – como se escreveu – à "era da interpretação da lei".[26]

Com efeito, o instrumental metodológico do intérprete deve ampliar-se (para além da interpretação histórica, literal, "intenzionista" ou objetiva, sistemática, teleológica, orientada às consequências, à Constituição, à sua leitura "originalista" ou "evolutiva" etc.), sendo que seus pontos de fuga se veem alongados e suas linhas de desenvolvimento – similarmente à arquitetura das catedrais góticas – tornam-se mais verticais, como de resto facilita verificar nas motivações das decisões, que são o reflexo da concepção do direito que possui o juiz singular, mas ao mesmo tempo "reflexo da época".

Fala-se já comumente – e quotidianamente também nas salas de aula judiciárias – de "interpretação conforme" às normas supranacionais, sobretudo (mas não só) na presença do direito UE e da Convenção EDH, e se reclamam assim percursos de "interpretação corretiva" que implicam novos *contextos* e novos *pressupostos*, e vez por outra *limites* peculiares:[27] estes últimos, sobretudo, defrontam-se e respeitam à especificidade da matéria penal, adicionando aos problemas tradicionais (ainda vivíssimos),[28] novos desafios por uma hermenêutica necessariamente estruturada em sentido *prescritivo*.[29]

---

2003, p. 1808 e ss. (mas entre os muitos escritos veja-se, ainda, ID., *Il problema del metodo penalistico* cit., p. 43 e ss., 49 e ss.; e ID., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, sempre in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale* cit., passim).

26. L. VIOLANTE, *Magistrati*, Einaudi, Torino, 2009, p. 181 e ss., 183.

27. Sobre a multiformidade dos percursos da interpretação conforme, e sobre as diferenças com a intepretação orientada à Constituição, vejam-se as agudas páginas de P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Arch. pen.*, 2012 (no prelo), §§ 2 e 3 do texto digitado; ID., *"Controllo di convenzionalità" e poteri del giudice nazionale: i difficili approcci dell'ermeneutica giudiziale*, apresentação no congresso sobre "*L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele*" (curso de formação do CSM [nota do tradutor: Conselho Superior da Magistratura italiana]), Agrigento, 17-18.09.2010, p. 9 e ss. do impresso; mais difusamente, F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Roma, 2011, p. 135 e ss., 161 e ss.; com mais imediata atenção à perspectiva penalística, G. CAMPANELLI, *Interpretazione conforme alla CEDU e al diritto comunitario: proporzionalità e adeguatezza in materia penale*, in M. D'AMICO; B. RANDAZZO (ed.), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009, p. 139 e ss.

28. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, Milano, 2006; M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia in diritto penale*, Torino, 2011.

29. Cfr. ora M. DONINI, Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale* cit., p. 63 e ss.

As questões interpretativas que periclitam entre norma interna e norma supranacional são, entre outros aspectos, (quase sempre) "casos difíceis", mesmo que apenas ante o fato de que o juiz – na "premissa maior" em que subsume o caso concreto – deve resultar de duas (ou mais) *disposições* uma *norma*, articulando possibilidades combinatórias que pressupõem a solução das citadas antinomias:[30] se, portanto, na normalidade dos casos as conclusões do silogismo judicial podem ainda aparecer – como se tem notado – "descontados no *an* e frequentemente também bstante previsíveis no *quantum* (...)"[31] nos casos aqui em relevo a decisão torna-se estruturalmente diversa, e mais articulada, porquanto o modelo não é aquele do "*Normalfall*" e tampouco o do *casus novus*, mas precisamente da "lei" no todo ou em parte "nova", objeto de *inventio* antes que de "subsunção".[32]

Por outro lado, como se acenará abaixo, a interpretação conforme é somente a face de um prisma de opções muito mais composto e poliédrico, pois, dependendo da fonte em relevo, de sua vinculatividade e da tipologia de intersecção com a norma penal interna, o órgão judicante pode ser levado a desaplicar a norma doméstica, ou a sobrelevar questão de legitimidade constitucional, não raro passando através do mecanismo de auxílio interpretativo que – na presença do direito UE – consente-lhe de aplicar à Corte de Justiça, em sede de reenvio prejudicial.

A adequação interpretativa é, portanto, a "opção de base", a mais conservativa e (abstratamente) indolor, no que respeita a um instrumental muito mais articulado e "invasivo": instrumental operativo que – importa sublinhar – não

30. Sob este ponto de vista – como se observou – parecem sumir os limites que normalmente separam a seleção da disposição aplicável e a individuação da norma mediante os critérios hermenêuticos ordinários (cfr., con referência ao direito da UE, R. BIN, Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia, in *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 363 e ss., § 7).

31. M. DONINI, *Disposizione e norma* cit., p. 72 e ss., 73, segundo o qual, na quotidianidade, não pode valer a metáfora que vê na interpretação "um *picnic* em que o autor do texto leva as palavras, e o intérprete leva o sentido a ser conferido àquelas" (a ilustração é de T. TODOROV, *Viaggio nella critica americana. "Lettera"*, IV, 12, 1987, e é retomada por U. ECO, *Interpretazione e sovrainterpretazione*, Milano, 1999, p. 34), porque, na normalidade judiciária, "(...) o juiz aplica sem reinterpretar a regra abstrata e concretizada sobre tipologias de precedentes já ordenados em comentários interpretativas, recebendo uma interpretação consolidadas".

32. Cfr. também, com referência à interpretação "convencionalmente orientada", P. GAETA, *Dissoluzione del giudicato ed euristica giudiziale* cit., fl. 8 do impresso.

admite soluções generalizantes, mas impõe – volta a volta – que se tente reconstruir, em um quadro sinótico, as "regras do jogo".

## 3. FUNDAMENTO DO CÂNONE DE INTERPRETAÇÃO CONFORME: ALGUMAS PREMISSAS

Tencionando reconstruir um quadro sinótico essencial, a "originalidade" da metódica nãotorna desnecessários os movimentos – em sede de extrema síntese – desde suas premissas fundamentais.

Como se sabe, o pressuposto da interpretação conforme é comum a todo experimento de interpretação corretiva,[33] e pode identificar-se, em linhas gerais, em uma antinomia, ou seja, em uma assimetria entre direito interno e direito supranacional (que, portanto, não foi posto em atuação, ou o foi apenas *parcialmente* ou *desconformemente*), que deve ser resolvida para reduzir a diástase entre os diversos níveis do ordenamento, com efeitos indiretos de harmonização entre os Estados vinculados pela fonte externa: a interpretação conforme é, destarte, a um tempo técnica de integração e de desenvolvimento (*Rechtsfortbildung*) do sistema normativo "europeu" (*lato sensu*), e paralelamente – não só na perspectiva da Convenção EDH – fator de irradiação dos direitos fundamentais nos diversos Estados-membros.

### *3.1 A dimensão progressivamente vasta do vínculo interpretativo para as fontes "supraestatais"*

Sob o prisma do direito comunitário a interpretação conforme (*principle of consistent interpretation/Unionsrechtskonforme Auslegung*) tem como retroterra os princípios de "colaboração leal" e de "fidelidade comunitária", e se desenvolve como instrumento típico de resolução do conflito (ou de "evitação do conflito"/*Konfliktvermeidung*) entre norma comunitária e norma interna, demonstrando por outro lado destacados perfis de ambiguidade a partir de quando tal poder-dever vê-se reconstruído ora como projeção para o juiz dos *efeitos diretos*, assim chamados *verticais*, das diretivas não aplciadas,[34] ora –

33. Sobre os traços distintivos que separam a metódica da interpretação conforme a Constituição e aquela conforme as fontes supranacionais (com peculiar riferimento à Convenção Europeia de Direitos Humanos), veja-se ainda P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.* cit., p. 8.

34. Cfr., p. ex., G. CONTALDI, verbete *Effetto diretto e primato del diritto comunitario*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dirigido por S. Cassese, Milano, 2006, vol. III, p. 2124 e

segundo a posição verossimilmente mais recebida – como manifestação dos efeitos indiretos que descenderiam a partir de certos atos (comunitários, e agora) "eurounitários".[35]

Não obstante as ambiguidades, o cânone da interpretação conforme tem logrado uma extensão progressiva e abundante, tendo sido afirmado primeiramente nos confrontos da normativa nacional transpositiva de atos privados de aplicabilidade direta,[36] depois estendido às diretivas não aplicadas,[37] além de às recomendações[38] e aos mesmos regulamentos,[39] envolvendo progressivamente não apenas a normativa de atuação mas "todo o direito nacional"; direito que o juiz doméstico deve considerar em sua inteireza e valorar de modo a não addivenire para um resultado contrário àquele a que mira a fonte comunitária.[40]

Nesse mister, o longo caminho jurisprudencial acabou por abraçar – como os penalistas bem têm observado – as mesmas "decisões-quadro", com a célebre decisão da Corte de Justiça no caso *Pupino*: uma decisão que – fracassada a divisão da UE em "pilares" – não tem apenas um significado histórico, porque, como se verá, confirmaram-se precisos limites em matéria penal e precípuas

---

ss. e 2129: "Mais detalhadamente, também o juiz nacional é considerado ao modo de um órgão do Estado e é portanto destinatário, no exercício das próprias funções, de efeitos diretos verticais; consequentemente, é levado a interpretar o direito nacional à luz do direito comunitário compreensivamente considerado, inclusas as previsões contidas em uma diretiva, ainda que não recebida".

35. Neste sentido, em substância, C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 241 e ss., malgrado com ulteriores distinções; assim também na literatura inglesa, em que o princípio de interpretação conforme é por vezes traduzido como *principle of consistent interpretation*, noutras vezes como *principle of indirect effect*: cfr. K. SAWYER, *The Principle of 'interpretation conforme': How Far Can or Should National Courts Go when Interpreting National Legislation Consistently with European Community Law?*, in *Statute Law Review* (2007) 28 (3), p. 165 e ss; G. BETLEM, *The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2002, p. 397 e ss.

36. O *leading case*, a esse respeito, é oferecido pela já referida decisão da Corte de Justiça da Comunidade Europeia (CJCE), de 10.04.1984, C-14/83 cit., *Von Colson e Kalmann*; acerca da normativa de atuação de uma diretiva *self executing*, e portanto (abstratamente) suscetível de produzir efeitos diretos, cfr. CJCE, 05.10.2004, procedimentos reunidos C-397/01 e C-403/01, *Pfeiffer* cit., em particular os pontos 106 e ss.

37. A partir da GJCE, 13.11.1990, C-106/89, *Marleasing*.

38. Cfr. CJCE, 13.12.1989, C-322/88, *Grimaldi*.

39. Cfr. CJCE, 07.01.2004, C-60/02, *X*.

40. Cfr. ainda CJCE, 05.10.2004, *Pfeiffer* cit., ponto 115.

garantias, válidas tanto na presença da normativa UE não atuante, como na das hipóteses de incorreta (ou incompleta) disposição.

Também sul fronte do direito internacional, em linha de princípio, pode-se dizer adquirido o vínculo interpretativo que as diversas fontes impõem ao juiz, chamando-o a reduzir a diástase com o direito interno operando todas as possíveis torções "empáticas a respeito da obrigação supranacional" (*völkerrechtsfreundlich*): um vínculo recentemente ancorado no art. 117, par. 1.º, da Constituição, e que, no sistema da Convenção EDH, põe diretamente em causa as decisões da Corte europeia, em face do art. 46, 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que empenha aos Estados "conformar-se às sentenças definitivas da Corte sobre controvérsias de que sejam partes", e, de forma mais geral, a observar a Convenção segundo a reconstrução que lhe oferece a jurisprudência respeitante.

Destarte, a vinculatividade hermenêutica para o juiz doméstico representa um ponto de aterrissagem mínimo, quando não se reconheça na feição em relevo – quando seja impossível a adequação interpretativa da norma interna pelo juiz ordinário – também a capacidade de fomentar a desaplicação difusa da norma doméstica (com efeito de "neutralização" reconhecido ao direito UE), ou mesmo de operar como parâmetro interposto de legitimidade: como se apontou, segundo a Corte Constitucional, no caso do direito UE desprovido de efeitos diretos,[41] mas igualmente no caso da Convenção e da jurisprudência EDH, à luz daquele entendimento já consolidado que – desde as "sentenças gêmeas" – tem negado constantemente a aplicabilidade direta da Convenção Europeia de Direitos Humanos mas lhe tem apontado, sobretudo, a vinculatividade para o intérprete, e em segundo lugar a validade de parâmetro de legitimidade constitucional, salvo o limite em que o êxito hermenêutico convencionalmente orientado e/ou o parâmetro interposto não contraste com outro princípio constitucional.[42]

### *3.2 Interpretação conforme e ulteriores paradigmas de interação entre fontes: a difícil aposição dos termos*

Em todo caso, e ainda em via preliminar, especialmente no que toca ao direito UE não é demais sublinhar que diversos casos de interpretação conforme são em

41. Sentença 28 de 2010, in *Giur. cost.*, 2010, p. 382 e ss., com anotação de A. CELOTTO, Venisti tandem! *La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono "cogenti e sovraordinate"*; in *RIDPP*, 2011, p. 1134 e ss., com rica anotação de A. M. MAUGERI, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*.

42. Sentenças 348 e 349 de 2007, 39 de 2008, 311 e 317 de 2009, 80 de 2011.

realidade só aparentemente reconduzíveis a uma tal metódica, porquanto alguns poderiam ser enquadrados (e solucionados) à luz dos critérios hermenêuticos ordinários, enquanto outros deveriam ser mais bem reconstruídos à luz dos diferentes paradigmas de interação entre fontes e dos relativos mecanismos resolutivos (aplicabilidade direta/desaplicação, questão de legitimidade constitucional).

Apenas um exemplo: se para a reconstrução de um elemento normativo do tipo o reenvio implícito é para uma normativa técnica setorial, dominada por uma fonte comunitária diretamente aplicável – assinaladamente, um regulamento, como "ato (...) reconhecido no ordenamento interno como dotadod e força e valor de lei"[43] – é bem possível que a "interpretação" do tipo penal deva influir sobre aquela normativa, mas tal hipótese – a nosso aviso – mais que apresentar um "problema de interpretação conforme" pareceria apresentar um problema diverso de integração da disciplina doméstica a partir da norma supraordenada (e *self-executing*).[44]

Isso, ao menos enquanto a fonte comunitária implicitamente reclamada não entre em colisão com uma fonte interna, transpositiva ou menos daquela obrigação, gerando a antinomia e reabrindo o dilema entre interpretação conforme, de um lado, e desaplicação ou questão de legitimidade constitucional, de outro: um dilema que modifica segundo o ato UE em relevo (por exemplo, regulamento ou diretiva, decisão-quadro), segundo a sua incidência sobre o tipo interno (reenvio explícito ou elemento normativo, com validade integrativa ou

43. Cfr. Corte Constitucional 170 de 1984 (sentença *Granital*).

44. Pode-se concretizar o exemplo – sobre a via de uma das vozes doutrinárias mais atentas ao tema (A. Bernardi) – partindo de um setor de forte "traço de europeização", o direito penal alimentar.
O art. 440 do Código Penal, "adulteração ou contrafação de substâncias alimentares" (malgrado um análogo discurso se possa fazer para muitos tipos subsequentes), desde as modalidades de conduta, resulta construído sobre elementos normativos e reenvios implícitos: "corromper" e "adulterar" são condutas que se abrem a uma valoração normativa, sobre a qual incidem os limites à utilização de cada substância, aditivos etc., fixados a partir de respectivos regulamentos comunitários. Ora, o regulamento é – em linhas gerais, e por expressa definição do Tratado – um ato diretamente aplicável (*self executing*), que não necessita de medidas nacionais de atuação e que, antes, não tolera atos de "nacionalização" mesmo que apenas confirmativos do regulamento (por todos, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 4. ed., Padova, 2005, p. 160 e ss.): portanto, a reconstrução do significado do elemento normativo deverá passar direta e exclusivamente através do diafragma daquele ato, sem autêntica antinomia.

menos do sentido da proibição)[45] mas que sobre qualquer lado afigura-se fortemente condicionado, como se mostrará, pela especificidade da matéria penal.[46]

A jurisprudência dos últimos anos, sob esta perspectiva, fez emergir casos verdadeiramente complexos: onde a fonte "autoaplicável" não se limite a "preencher" *sic et simpliciter* um elemento (normativo) do tipo, mas a ideia de fato colida com uma normativa interna, ou quiçá intervenha a definir (não apenas um elemento do tipo bem como um) preceito reclamado de um tipo penal "em branco", substituindo uma normativa de reenvio antes definida da disposição doméstica em termos (penalmente) mais favoráveis; ou onde a obrigação im-

45. Mesmo não se podendo aqui investigar sobre o ponto, um caso de todo peculiar e digno de consideração autônoma – o "verdadeiro problema" –, segundo C. Sotis, sobre o qual podem convergir os diversos esquemas de intersecção entre direito comunitário e direito interno, ou seja, interpretação conforme, desaplicação e remissão à Corte das leis – é aquele do reenvio a uma fonte UE *self executing* que intervenha em rota de "especificação técnica", porque tal hipótese não seria "traumática" na presença do princípio de reserva legal (Constituição, art. 25, par. 2.°) mas em face de incidências expansivas sobre o tipo penal, sendo pacificamente admitida – por entendimento da mesma Corte Constitucional – também sob o prisma da heterointegração oferecida pelas fontes subordinadas, e sujeitas aos princípios e garantias que regem as modificações mediadas pelo tipo penal: a respeito, amplamente, C. SOTIS, *Il diritto senza codice* cit., p. 214 e ss., com significativas determinações acerca dessa posição, a partir da doutrina dominante (p. ex., G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e gli Stati membri*, Milano, 1989, p. 288 e ss.; naquela seara, R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 63 e ss., 75 e ss. e 79), e declinando a questão da admissibilidade da heterointegração "comunitária" sobre a distinção normas integradoras/normas não integradoras do preceito penal, para concluir que – no caso de reenvio que integra o sentido da proibição – nenhuma operatividade deve ser concedida à norma comunitária cujos efeitos sejam *in malam partem* [p. 220 e s.; a respeito cfr. anche R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea* cit., p. 63 e ss., 75 e ss. e 82 e ss., ulteriormente distinguindo entre fonte comunitária reclamada em sede de *reenvio explícito* e reclamo implícito mediante *elemento normativo* ou mediante o esquema da norma penal em branco, e diferenciando também a segunda da tipologia de fonte invocada (diretiva vs. regulamento) outra que sobre o tipo de contribuição – "especificação técnica", pelo menos – levada ao tipo incriminador].

46. De resto, também no caso hipotético em que a fonte *self executing* que contribui para definir o elemento normativo substitua-se por uma "norma" mais favorável anteriormente utilizada para conferir significado ao mesmo elemento deveriam abrir-se amplos espaços para a valorização das instâncias de culpabilidade, p. ex. o art. 5 do Código Penal (ou, por vezes, do art. 47, 3, do mesmo Código, sem contentar-se com os automatismos niilistas caros à "teoria da incorporação").

posta pela fotne comunitária seja (ou pareça) somente parcial, ou ao contrário seja mais geral no que se refere a sub-hipóteses especiais (recorde-se aqui as tormentosas experiências do conceito de"desobediência"),[47] ou ainda onde uma fonte UE induvidosamente *self executing*, como um regulamento, entre em conflito com algumas disposições internas de derrogação ou de limitação do preceito penal "preenchido" pela disciplina atuante do mesmo regulamento.[48]

47. A respeito, entre outros, M. VAGLIASINDI, La definizione di rifiuto tra diritto penale ambientale e diritto comunitario, in *RTDPE*, 2005, p. 959 e ss., e 2006, p. 157 e ss.

48. Pense-se, por exemplo, no caso – induvidosamente complexo – da normativa in matéria de proibição de pesca depeixes jovens, em que a Corte de Cassação, reconhecido um contraste entre regulamento comunitário e (anterior) legislação interna, há entendido por desaplicar o limite de tolerância inscrito pela lei nacional com efeitos *in malam partem* [Cass., seção III, 19.01.2011, ver Trinca, in [www.penalecontemporaneo.it], com nota de A. COLELLA].
Em particular, a norma interna sanciona como contravenção (arts. 15, par. 1, al. "c", e 24, par. 1, da Lei 963/1965) quem pesca, detém, transporta e comercializa o peixe jovem de qualquer espécie marina sem prévia autorização do Ministério das Políticas Agrícolas e Florestais; salvo que, em conformidade com os arts. 86-91 do D.P.R. n. 1639/1968, não se sujeitariam à sanção prevista no art. 24, par. 1, da Lei 963/1965 a pesca, a detenção, o transporte e a comercialização de exemplares "sob medida", nos casos em que estes componham quantidade não superior a 10% do pescado total; e propriamente essa faixa de tolerância foi posta em contraste com o estabelecido pelo Regulamento CE 51/2006, conduzindo a Cassação a desaplicar a norma nacional (art. 91 do D.P.R. 1639/1968 cit.) com a conseguinte condenação do imputado pelo delito atribuída.
Sem se poder, aqui, examinar a fundo a questão (e remetendo, para aprofundamento, ao rico comentário de C. SOTIS; M. BOSI, *Il bizzarro caso dei pesci "in malam partem"*, in [www.penalecontemporaneo.it], também pela original trabalho realizado, que reflete a posição de um dos autores já afirmada acerca das heterointegrações técnicas de fonte comunitária: C. SOTIS, *Il diritto senza codice* cit., especialmente p. 214 e ss. e 222; cfr. também retro, nota 48), a nosso aviso o peculiar contraste – onde realmente subsistente (duvida-lhe, p. ex., C. PAONESSA, *La disciplina penale del novellame incappa nella rete del diritto comunitario, ma rischia di violare principi costituzionali aventi rilevanza anche nella CEDU*, in *Dir. e giust.*, 01.08.2009) – teria devido conduzir à proposição da questão de legitimidade constitucional da norma interna (analogamente, C. PAONESSA, op. cit.), nos termos da citada sentença 28/2010 da Corte Constitucional sobre as cinzas de pirita [retro, nota 42 e infra, § 4.1; a solução da desaplicação é seguida também pela Cass., 03.07.2007, n. 39345, Baldini, e 19.03.2009, n. 17847, Puglisi; contra, todavia, seção. III, 17.01.2006, n. 7820, Boscolo, alavancando sobre o princípio de ofensividade, e entendendo que o legislador italiano teria "legitimamente extraído uma área de impunibilidade ante uma conduta não ofensiva do bem protegido desde o momento em que o repovoamento marinho não pode ser comprometido pela captura de exíguas quantidades de peixe jovem (risco, entre outros,

Se, por certo, aqui não é possível analisar as diversas, infinitas hipóteses combinatórias[49], o que cumpre ressaltar é que elas devem ser examinadas caso a caso à luz dos diferentes paradigmas reconstrutivos (*primautè*/desaplicação; questão de legitimidade constitucional e consequências correspondentes) e dos princípios que as informam (contralimites/vedação de desaplicação com efeitos *in malam partem*), distinguindo-as, portanto, desde o plano da interpretação conforme, que não pode ser assumida como conceito-*esconderijo* onde acumular todos os problemas de intersecção entre direito interno e norma comunitária, sendo técnica residual e subsidiária a respeito de tais esquemas (a desaplicação), mas preliminar e prioritária a respeito de outros (a questão de legitimidade constitucional).[50]

Por certo, ademais, as distinções nem sempre serão fáceis, mas tampouco os casos de "autêntica" interpretação conforme não serão infrequentes ou periféricos: se, no que concerne ao direito UE, as críticas concernentes à interpretação conforme em matéria penal são registradas sobretudo na presença das diretivas e decisões-quadro lançadas no arranjo institucional anterior ao Tratado de Lisboa,[51] estas provavelmente transmigrarão sobre as "novas" diretivas de harmonização penal de que o art. 83 TFUE, nos casos de ausência ou só parcial transposição.

---

ínsito à atividade de pesca)"; sobre o tema, cfr. L. ROMANO, sub *Art. 1*, in A. CADOPPI; S. CANESTRARI; P. VENEZIANI, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2011, p. 55 e ss.].

49. Uma vastíssima galeria de hipóteses, por vezes enquadradas e sistematizadas segundo os diversos paradigmas das antinomias, é oferecida por C. SOTIS, *Il diritto senza codice* cit., passim.

50. Neste sentido F. VIGANÒ, Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali, in *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza, 2010, vol. II, p. 617 e ss. e 619; diverso, todavia, o posicionamento de G. SALCUNI, Culture penalistiche a confronto: diritto penale nazionale vs diritto penale europeo, in *Arch. pen.*, 2011, p. 445 e ss., segundo o qual "(...) também a desaplicação e o juízo de constitucionalidade são momentos diversos do processo interpretativo, uma sorte de interpretação em sentido lato (...)", visto que "enquanto a interpretação se exaure, geralmente, no perceber e atribuir significado a uma disposição buscando assim o conteúdo preceptivo da norma, com a desaplicação ou o juízo de constitucionalidade interpreta-se todo o ordenamento para rendê-lo conforme ao direito da União".

51. O que se confirma nas intervenções prejudiciais da Corte de Justiça: com referência às diretivas, a partir da CJCE, 11.06.1987, C-14/86, *Pretore di Salò*, continuando com CJCE 26.09.1996, C-168/95, *Arcaro* (em que, entre outras questões, a Pretura distrital de Vicenza periclitava entre aplicabilidade direta e interpretação conforme); CJCE de 12.12.1996, C-74/95 e C-129/95, X; no que se refere às decisões-quadro, per todas, CJCE, 16.06.2005, C-105/03, *Pupino*.

Entre outros, aspectos problemáticos análogos podem e poderão interessar – em âmbito "convencional" – as disposições da Convenção EDH e as correspondentes concretizações jurisprudenciais, e envolver as ulteriores fontes do panorama pós-nacional desprovidas de aplicabilidade direta: as experimentações interpretativas cultivadas no âmbito da Convenção da OCDE referente à corrupção internacional oferecem-nos, nesse mister, o testemunho mais vivaz a tangível.[52]

## 4. OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONFORME EM MATÉRIA PENAL

Para além dasaposições dos termos, que – o que se ressalta agora – resultam frequentemente difíceis em face das multiformes possibilidades combinatórias abertas pelas diversas intersecções com as fontes supranacionais, igualmente complexo – e talvez ainda mais discutido – revela-se o problema dos limites que "constringem" os percursos da interpretação conforme *em matéria penal*, e que com base a uma distinção aparentemente já recebida,[53] podem dividir-se em limites *lógicos* (ou *ontológicos*) e limites *axiológicos*, refletindo algumas "constantes" metodológicas ora objeto de aprofundamento.

### *4.1 O limite "lógico" como primeira barreira para formas de "normação mascarada"*

Inicialmente, há um limite "lógico" que impõe respeitar-se o unívoco teor literal ou lexical de uma disposição, vedando êxitos hermenêuticos *contra legem* (ou

52. Precisamente sobre a Convenção OCDE havia lançado luz à argumentação voltada a estender as sanções de interdição à pessoa jurídica em casos de corrupção internacional, não expressamente previstas pelo par. 5.º do art. 25 do Decreto. Legislativo 231/2001: o Tribunal de Milão, em função de Corte de reexame, (com ordenança de 19.01.2010, in [www.rivista231.it]), fazendo acertado uso da proibição de interpretação conforme com efeitos *in malam partem* (e, a par disso, da proibição de aplicabilidade direta da Convenção em relevo: infra, § 4.2.1), excluíra a possibilidade de aplicação de tais sanções ao ente nas hipóteses em questão, ainda que posteriormente a Cassação tenha entendido possível a extensão à luz de uma "interpretação sistemática" (Cass., seção VI, 30.09-01.12. 2010, n. 42701, Pres. De Roberto, Rel. Fidelbo, in [www.penalecontemporaneo.it], com a anotação critica de P. CHIARAVIGLIO, *La responsabilità dell'ente per corruzione internazionale e l'applicabilità (anche in sede cautelare) delle sanzioni interdittive*; a respeito, ora, cfr. também F. CENTONZE, *La corruzione internazionale: profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti*, no prelo).

53. Cfr., por exemplo, F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme* cit., p. 617 e ss., 649 e ss.

seja, aqueles que distorcem o ditado normativo),[54] e que representa um denominador comum a qualquer forma de interpretação "corretiva":[55] um limite já adquirido no âmbito do direito UE,[56] e sublinhado com clareza – ao menos formalmente – por sua própria Corte de Justiça,[57] bem como pela Corte Constitucional,[58] que o confirmou na presença da Convenção EDH,[59] precisando que em ambas as searas a incoercibilidade hermenêutica de um dado textual inequívoco vale também para uma interpretação que se haja já cristalizada no "direito vivente".[60]

---

54. O limite operar-se-ia também quando o êxito hermenêutico enseje "um contraste com o ordenamento em seu complexo": assim, com determinações adicionais, A. NISCO, *Persona giuridica vittima di reato ed interpretazione conforme al diritto comunitario* (nota à decisão CJCE, 28.06.2007, C-467/05, Giovanni Dell'Orto), in *Cass. pen.*, 2008, p. 784 e 787 e ss.

55. E que encarna um limite geral à atividade hermenêutica: a respeito, cfr. F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione* cit., p. 148 e ss.

56. Cfr., p. ex., H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2010, Rn. 89, p. 142, ressaltando que, analogamente às hipóteses de interpretação constitucionalmente orientada, também nos casos de *Unionsrechtskonforme Auslegung*, "o êxito interpretativo não pode ultrapassar o significado literal (*Wortsinn*) e derrubar o escopo legislativo (*gezetzgeberischen Zweck*) connexo à emanação da lei", e ressaltando, ademais, como em matéria penal um tal limite assume um significado ainda mais rigoroso por força do princípio da legalidade.

57. Cfr., com particular referência às decisões-quadro, mas com validade mais geral, o quanto estabelecido pela CJCE, 16.06.2005, C-105/03, *Pupino* cit., ponto 47: "A obrigação para o juiz nacional de fazer referência ao conteúdo de uma decisão-quadro na interpretação das normas pertinentes do direito nacional cessa quando este não pode receber uma aplicação que implica fluir em um resultado compatível com aquele perseguido pela mesma decisão-quadro. Em outras palavras, *o princípio da interpretação conforme não pode servir de fundamento para uma interpretação contra legem do direito nacional* (...)" (destaque nosso).

58. Sentença 28 de 2010, § 4 do *Considerato in diritto*, em que se afirma que a interpretação conforme não é aplicável quando "contradiz algo que claramente emerge do texto da disposição censurada".

59. Sentença 196 de 2010, § 2.2.1 do *Considerato in diritto*.

60. Assim, de fato, na seara da Corte Constitucional 348 e 349 de 2007, a sentença 239 de 2009, § 3 do *Considerato in diritto*, relevando que "só onde a adequação interpretativa que se afigure necessária resulte impossível ou o eventual direito vivente que se forme no caso faça surgir dúvidas sobre a sua legitimidade constitucional, esta Corte poderá ser chamada a defrontar-se com o problema da assentada inconstitucionalidade da disposição de lei"; analogamente, sentenças 196 de 2010, § 2.2.1 do *Considerato in diritto*, e 227 de 2010, § 7.1 do *Considerato in diritto* (sobre a qual infra, § 4.2.3, especialmente notas 105 e 106, § 5, especialmente nota 141).

Se, destarte, a exegese conforme não é a cama de Procusto, onde o intérprete possa "seviciar" à vontade a *littera legis*, nos casos de "resistência hermenêutica" do texto (ou do direito vivente) a diástase entre ordenamento interno e supranacional – para além das hipóteses em que se possa proceder à desaplicação direta – poderá/deverá ser reduzida apenas, se muito, mediante uma intervenção "cirúrgica" da Corte Constitucional, não diversamente da que sucede – ou deveria suceder – em face de normas "internas" cuja interpretação constitucionalmente orientada distorceria o ditado normativo: ao revés, acabaria por transformar-se a interpretação corretiva em "legiferação mascarada" (ou em veraz e própria "*Alternativ-Normierung*") da parte do juiz ordinário,[61] procedendo-se em verdade a uma aplicação direta da norma supranacional em sede de controle "difuso" (com consequente desaplicação – no todo ou em parte – da norma interna).

## 4.2 *Limites axiológicos que se defrontam com a especificidade da matéria penal*

São, todavia, os limites *axiológicos* que evidenciam e exaltam ainda mais a especificidade da matéria penal, refletindo – também aqui – as exigências de uma hermenêutica necessariamente *prescritiva*, de modo que a "nova metódica" responda a instâncias de justiça-garantia, e não se reduza à simples perseguição de um *escopo* ou de um *resultado*, e, assim, a mero sub-rogado da política criminal.[62]

---

61. Trata-se de um risco assinaladovárias vezes: veja-se, p. ex., M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione conforme*, in [www.federalismi.it], n. 16 del 2007;nesse mister, P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.* cit., p. 6 do impresso; e outrossim C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea* cit., p. 41 e ss., 45 e ss. Sob este aspecto, somente a título de exemplo, parece transcender o limite "lógico" imposto ao juiz ordinário na recente decisão da Cassação, Seção III, 20.01.2012, n. 4377, que – sobre o princípio enunciato da Corte Constitucional 265 de 2010 – entendeu poder-se corrigir na via interpretativa a presunção di adequação da custódia cautelar prevista, para o caso concreto, pelo delito de violência sexual de grupo (art. 609 *octies*, c.p.), superando assim, todavia, una clara indicação legislativa (art. 275, par. 3.°,, c.p.p.), que a nosso aviso deveria ser apresentada à Corte de leis (análogos apontamentos críticos en S. QUATTROCOLO, *Quando il legislatore ordinario forza i principi generali, il giudice forza i limiti della giurisdizione*, in [www.penalecontemporaneo.it]; diversamente, porém, cfr. a estimulante anotação de P. GAETA, La Cassazione e la violenza sessuale di gruppo: interpretazione conforme o "eccesso di potere interpretativo"?, in *Guida al diritto*, no prelo, 2012).

62. Cfr. ainda, como referência mais ampla ao "problema dos limites da interpretação", e mais em geral às instâncias da "*Strafbegrenzungswissenschaft*", M. DONINI, *Il problema del metodo penalistico* cit., p. 49 e s., 56 e ss.

Abre-se aqui, pois, a necessária e fundamental distinção entre projetos (e êxitos) interpretativos conformes ao direito supranacional que tenham *ricadute peggiorative* sobre a situação jurídico-penal do indivíduo ou, ao revés, projetos (e êxitos) interpretativos que tenham efeitos favoráveis (vale dizer, interpretações com efeitos *in malam partem* o *in bonam partem*); uma distinção a que são subentendidos limites que não configuram apenas os confins da interpretação conforme, mas descrevem também os limites do poder de desaplicação em matéria penal, e, simetricamente, a margem "normal" de intervenção da Corte Constitucional.

### 4.2.1 *A vedação a interpretações conformes* in malam partem *no entendimento da Corte Constitucional e das Seções Unidas da Cassação*

Excluindo-se que a partir das fontes supranacionais possam derivar por via interpretativa efeitos desfavoráveis, a nosso aviso deveria ser, antes de tudo, a definição do problema posta na perspectiva da divisão de competências, visto que – também no âmbito da União Europeia, e, portanto da organização supranacional em linha de princípio mais "comprometida" – os Estados-membros não tenham aceitado alguma "limitação de soberania" (Const., art. 11) consistente na possibilidade direta e imediata, da parte da União, de fundar e modificar os termos da responsabilidade penal dos indivíduos.

Bem além dessa preocupação – por certo não puramente chauvinista, na medida em que o princípio da legalidade (Const., art. 25 par. 2.°) é ainda entendido não somente como "reserva de fonte nacional em matéria penal",[63] ma também como fundamental garante do processo de democrazia discursiva[64]

63. "Injusta ou justamente, é questão aberta (...)": cfr. G. TESAURO, Diritto comunitario, Corte di giustizia e diritto penale, in G. GRASSO; R. SICURELLA, *Per un rilancio del progetto europeo* cit., p. 665 e ss., entre outros não sem apontamentos críticos.

64. Basta aqui recordar as afirmações do *Bundesverfassungsgericht* na recente decisão sobre o Tratado de Lisboa (*Lissabon-Urteil*), BverfG, 30.06.2009 (in [www.bverfg.de/entscheidungen]; uma síntese se encontra em ius17@unibo.it, n. 2/2009, por G. ABBADESSA), em que um dos nós argumentativos é constituído por uma clara tomada de posição sobre o principio democrático, sobre o que a Corte tedesca afirma remanescer uma perdurante lacuna na legitimação dos atos jurídicos comunitários, que não pode ser preenchida pelo Parlamento europeu – considerado órgão "não representativo de um povo soberano" (não obstante a potencialidade de seu papel, e o maior coeficiente democrático reconhecido por muitos no Tratado de Lisboa: cfr., p. ex., C. CALLIES, *Interview* in *Neue Juristiche Wochenschrift*, n. 30/2009, XIV; cfr. também C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea* cit., p. 107 e ss., 114 e ss.) –, bem como somente

– encontra-se, sobretudo o problema das *garanzie individuali* que reclamou à Corte de Justiça negar decididamente que as fontes "eurounitárias" possam produzir *efeitos de incriminação ou de agravamento* em matéria penal, reiterando várias vezes que também os atos que *abstratamente* seriam suscetíveis, em outro contexto, de produzir *efeitos diretos* – e, assim, a prescindir de sua natureza *self executing* – não possam jamais, em realidade, afirmar-se contra o indivíduo perante o tribunal nacional, não podendo haver, de forma mais particular, "o efeito, *di per se* e independentemente da mediação da lei nacional adotada por um Estado-membro, para a sua aplicação, de determinar ou de agravar a responsabilidade penal daqueles que transgridam as disposições".[65]

Paralelamente, a Corte Constitucional recebeu esta fundamental posição ressaltando como "eficácia direta de uma diretiva é admitida somente se dela deriva um direito reconhecido ao cidadão, reclamável nos confrontos do Estado inadimplente", e reiterando que "os efeitos diretos devem, ao contrário, manter-se excluídos se a partir da aplicação da diretiva resulta uma responsabilidade penal": princípios

---

a partir de uma peculiar participação dos parlamentos nacionais, o único perímetro ou "espaço político" em cujo âmbito –no contexto do sistema partidário – "a opinião pública se desdobra discursivamente". Isso vale, ademais, no que concerne à "decisão relativa às condutas penalmente merecedoras de tutela, na classificação dos bens jurídicos e no sentido e na medida da pena cominada", porquanto tal decissão é "tanto mais em particolar medida correlata ao processo decisional democrático"; e, de fato, "uma transferência de direitos soberanos para a cooperação intergovernativa neste significativo âmbito para os direitos fundamentais pode levar a uma harmonização apenas por determinadas circunstâncias de fato em base de pressupostos restritivos", assim é que, "a respeito, devem fundamentalmente ser mantidos espaços substanciais de liberdade de ação aos Estados-membros" [cfr. as notas de B. SCHÜNEMANN, *Spät kommt ihr, doch ihr kommt: Glosse eines Strafrechtlers zur Lissabon-Entscheidung des BverfG*; K. AMBOS; P. RACKOW, *Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das Europäische Strafrecht*; M. HEGER, *Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon*; S. BRAUM, *Europäisches Strafrecht im Focus konfligierender Verfassungsmodelle*, todas publicadas in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 8/2009 ([www.zis-online.com]); ademais, F. ZIMMERMANN, Die Auslegung künftiger EU-Strafrechtskompetenzen nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in *Jura*, n. 11/2009, p. 844 e ss.; F. SCHORKOPF, Das Lissabon-Urteil des BVerfG – Die Vefassungsbeschwerde als geschärftes Instrument der Verteidigung?, in K. AMBOS (Hrsg), *Europäisches Strafrecht nach Lissabon* cit., p. 111 e ss.; e ainda C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale* cit., p. 277 e ss.].

65. A partir das já citadas CJCE, 11.06.1987, C-14/86, *Pretore di Salò*; CJCE, 26.09.1996, C-168/95, *Arcaro*, pontos 35-37 (em que se ressalta que tal limite subsiste a prescindir da natureza "incondicionada e suficientemente precisa" da disposição da Diretiva); ademais, CJCE, 12.12.1996, causas reunidas C-74/95 e C-129/95, *X*, ponto 23, e CJCE, 03.05.2005, causas reunidas C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi* et al, ponto 74.

que são dados a excluir que desde uma diretiva – quando também seu escopo possa ser considerado, em outro contexto, "autoaplicativo" – possa fazer-se derivar o efeito de neutralização e de desaplicação de uma norma interna mais favorável, em plena coerência, em âmbito interno, com o adágio consolidado em cuja base "o ordenamento estatal não se abre incondicionalmente à legislação comunitária visto que em todo caso vige o limite do respeito aos princípios fundamentais do nosso ordenamento constitucional e dos direitos inalienáveis da pessoa humana".[66]

Ora, é precisamente partindo desta (basilar) assunção que se chega ao campo dos efeitos diretos – assunção que encarna a verdadeira *constante* nas relações entre direito comunitário e direito penal – que a Corte de Luxemburgo houve por esclarecer *também* os limites da interpretação conforme – tanto nos confrontos das diretivas[67] quando nos confrontos dos regulamentos[68] e das

66. Neste sentido, Corte Constitucional 168 de 1991, decisão com a qual a Corte – acerca da dita *sentença Granital* (sentença 170 de 1984, que respeitava ao contraste com regulamentos comunitários, entendidos como imediatamente aplicáveis) e de outros sucessivos *decisa* (p. ex., a n. 113 de 1985, que reconheceu a imediata aplicabilidade também às instituições das sentenças interpretativas da Corte de Justiça) – afirmou pela primeira vez o poder-dever de "não aplicação" da norma interna face ao contraste com uma diretiva, confirmando, todavia o necessário respeito dos assim chamados "contralimites".

67. O *leading case* é geralmente considerado a sentença CJCE de 08.10.1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, C-80/86, cuja ementa – na seara da CJCE, 26.02.1986, Marshall, C-152/84 (especialmente ponto 48) – leciona "1. Em todos os casos em que as disposições de uma diretiva afigurem-se, do ponto de vista de conteúdo, absolutas e adequadamente precisas, indivíduos podem fazê-las valer nos confrontos com o Estado, seja quando este deixe de transpor tempestivamente a diretiva no direito nacional, seja quando efetua-lhe uma transposição errada. Contudo, por força do art. 189 do Tratado, a natureza vinculante da diretiva, sobre a qual se funda a possibilidade de fazê-la valer antes ao juiz nacional, subsiste unicamente nos confrontos do "Estado-membro a que é dirigida". Disso resulta que a diretiva não pode por si impor obrigações ao indivíduo e que ela não pode, portanto, ter afirmada sua validade por conta do indivíduo mesmo antes ao juiz nacional. 2. *Nell'applicare il diritto nazionale*, e em particular a lei nacional especificamente adotada para a execução de uma diretiva, *o juiz nacional deve interpretar o próprio direito à luz da letra e do escopo da diretiva*, obtendo-se o resultado de que trata o art. 189, par. 2.°, do Tratado. *Esta obrigação encontra todavia limites nos princípios gerais do direito que integram o direito comunitário e em particular naqueles da certeza do direito e da irretroatividade. A diretiva não pode, portanto, ter, independentemente da lei nacional do Estado-membro para a sua aplicação, o efeito de determinar ou de agravar a responsabilidade penal daqueles que transgridam suas disposições*" (destaques nossos; em conformidade, veja-se sobretudo CJCE, 26.09.1996, C-168/95, *Arcaro* cit., pontos 41-42; CJCE, 12.12.1996, causas reunidas C-74/95 e C-129/95, X cit., ponto 24; CJCE, 22.11.2005, C-384/02, *Knud Grøngard*, ponto 30).

68. Cfr. CJCE, 07.01.2004, C-60/02, X cit., cuja ementa afirma: "A obrigação de interpretação conforme do direito nacional, à luz da letra e do escopo do direito

mesmas decisões-quadro[69] – reconhecendo-os "nos princípios gerais do direito, que são parte do direito comunitário (agora, direito da União Europeia), e em particular nos princípios da certeza do direito e da irretroatividade".

Nesse mister, as Seções Unidas da Cassação, em uma importante, recente decisão, concluíram de forma análoga, reconhecendo – talvez em modo ainda mais peremptório – a proibição de interpretações "comunitariamente orientadas" *in malam partem*:[70] um limite que ora se oferece como barreira intrsnspo-

---

comunitário, para alcançar o resultado por ele obtido, não pode, por si só, independentemente de uma lei adotada por um Estado-membro, determinar ou agravar a responsabilidade penal de um operador que haja violado as prescrições de um regulamento comunitário. De fato, a dita obrigação encontra limites nos princípios gerais do direito, que fazem parte integrante do direito comunitário, e correspondentemente naqueles de certeza do direito e de irretroatividade. Em particular, o princípio da legalidade das penas, inscrito no art. 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, e que é um princípio geral de direito comunitário e parte das tradições comuns dos Estados-membros, obsta sancionar-se penalmente um comportamento que não seja proibido por uma norma nacional, mesmo na hipótese em que esta fosse contrária ao direito comunitário".

69. Cfr. CJCE, 16.06.2005, C-105/03, *Pupino* cit., pontos 44 e 45: "Cumpre todavia relevar que a obrigação para o juiz nacional de referir-se ao conteúdo de uma decisão-quadro quando interpreta as normas pertinentes de seu direito nacional encontra limites nos princípios gerais de direito, e em particular naqueles de certeza do direito e de irretroatividade. Esses princípios obstam especialmente a que referida obrigação possa conduzir a determinar ou agravar, sob fundamento em uma decisão-quadro e independentemente de uma lei adotada para a sua atuação, responsabilidade penal daqueles que ajam em violação de suas disposições" (sobre o que a Corte remete, no que toca às diretivas comunitárias, às já citadas sentenças CJCE, 12.12.1996, causas reunidas C-74/95 e C-129/95, X, ponto 24, e CJCE, 03.05.2005, causas reunidas C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi* et al, ponto 74: cfr. nota 66).

70. O caso que levou as Seções Unidas a intervirem concernia à possibilidade de estender ao crime de peculato (art. 314, c.p.) o confisco em valor equivalente. Tal modalidade de confisco, uma vez formulada no art. 322-*ter*, c.p., foi prevista e, portanto consentida – pouco importa se por escolha ou por exame do legislador – em relação ao *preço* do crime (ou seja, o correspondente econômico que se paga pela prática do delito), e não em relação ao proveito (ou seja, o resultado econômico obtido por meio do delito). Contudo, no delito de peculato um *preço* em sentido técnico não há, mas há um *proveito* (que identifica o valor econômico objeto de apropriação "indébita" por parte do agente público), que veio excluir a possibilidade de estender o confisco pelo equivalente ao crime, por força da proibição geral de aplicação analógica *in malam partem*. É a este ponto que se põe a possibilidade de chegar-se a resultado diverso mediante uma interpretação comunitariamente conforme, remetendo-se em particular

nível, mesmo na presença das diretivas de harmonização penal reconhecidas no Tratado de Lisboa – nas hipóteses em que a carência de sua atuação (ou atuação somente parcial) da parte dos legisladores nacionais fomente experimentos interpretativos conformes ao direito "eurounitário" – e na presença das ulteriores fontes supranacionais que possam interagir com a disciplina penal,[71] incluindo as decisões da Corte Europeia a partir das quais emerjam obrigações de penalização capazes de ativar leituras hermenêuticas extensivas das figuras típicas das legislação doméstica.[72]

---

à decisão-quadro 212/2005/GAI, em cujas definições preliminares não se rastream os conceitos de *preço* e *proveito* mas se limita a estabelecer a obrigação, para os Estados-membros, de introduzir o confisco por equivalente em relação aos *proventos* do crime (*crime proceeds*), sem adicionais distinções terminológicas. Em outras palavras, uma interpretação comunitariamente conforme parecia admitir a possibilidade de estender também ao peculato aquela modalidade específica de confisco, estendendo-se a abrangência da previsão do art. 322-*ter*, c.p.

Uma tal solução interpretativa, porém, foi considerada inaceitável pelas Seções Unidas, que, ao ensejo, aferraram-se ao princípio que estabelece que "a obrigação do juiz de interpretar o direito nacional conformemente ao conteúdo das decisões-quadro (...) não pode legitimar a integração da norma penal interna quando uma operação similar se traduza em uma interpretação *in malam partem*" (sobre a decisão, V. MANES, Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti *in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 101 e ss.; e abrangentemente A. M. MAUGERI, La confisca per equivalente – ex art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione, in *RIDPP*, 2011, p. 791 e ss.).

71. Muito atenta, a respeito, a já citada ordenança do Tribunal de Milão, em função de reexame, de 19.01.2010, rejeitando precisamente à luz dos efeitos *in malam partem* a proposta interpretação conforme da normativa interna à luz da Convenção OCDE (cfr. retro, nota 53).

72. Incidentalmente, se o que se afirma deve valer – em linha de princípio – com referência às obrigações de tutela penal de fonte convencional que, através da interpretação, tenham uma eficácia *ampliativa* de *tipos penais* internos (sobre o tema, veja-se, sobretudo F. VIGANÒ, L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali, in *Studi in onore di Mario Romano* cit., vol. IV, p. 2645 e ss., e em diversos outros trabalhos), o discurso parece-me que deve ser diverso em relação à proposta de limitar pela via interpretativa a operatividade das *descriminantes* como aquelas dos arts. 52 e 53, c.p., com o fim de equilibrar – em particular – a relação de proporção com o máximo respeito do "direito à vida" reconhecido expressamente no art. 2, da Convenção EDH (proposta sustentada, entre outros, pelo mesmo F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme* cit., p. 670 e ss., assinalado a admissibilidade de leituras restritivas das citadas descriminantes apenas nas margens da "previsibilidade" imposta pelo art. 7 da Convenção); e isso, mesmo somente em razão do fato que sobre este valor primário há uma convergência constitucional que o torna de todo

Permanecendo na vertente do direito UE, as diretivas – se o texto da disposição individual tem as características por vezes necessárias a seu esquema de enquadramento – poderão no máximo explicar efeitos direitos reputados verticais,[73] fazendo emergirem *direitos aos indivíduos* e *correlativas obrigações aos Estados* (expondo estes a gravosas consequências de caráter patrimonial diretamente ativáveis pelos indivíduos),[74] e poderão também conduzir – como leciona uma rica colheita de decisões – à desaplicação da eventual disciplina penal contrastante, mesmo que não comprima direitos reconhecidos em sede supranacional mas "frustre" o "efeito útil" da disciplina comunitária (como preconiza a sentença *El Dridi* acerca da chamada diretiva repatriado);[75] mas

original (e que verossimilmente redimensiona ainda a contribuição da jurisprudência europeia), requerendo valorações (e balanceamentos) igualmente peculiares.

73. A respeito, cfr. G. CONTALDI, *Effetto diretto e primato del diritto comunitario* cit., p. 2127 e ss.

74. Fazendo surgir também a obrigação do Estado de garantir a indenização a vítimas de crimes graves, efetivamente decorrente da atuação carente de uma diretiva (na espécie, a diretiva 2004/80/CE e correspondentemente a norma contida no art. 12, que impõe aos Estados-membros da UE garantir "adequada" e "justa" indenização a vítimas de "crimes intencionais violentos"), consoante reconhecido pela Corte de Apelação de Turim, Seção III Cível, 23.01.2012, *Anit Tania*, in *Guida al diritto*, 2012, no prelo [obrigação já reconhecida, conquanto em termos diversos, pelo Tribunal de Turim, 03-26.05.2010, n. 3145, in *Guida dir.*, n. 28/2010, p. 22 e ss., com nota de F. MARTINI, Se il colpevole è contumace o non può pagare lo Stato deve garantire un ristoro alla vittima; in *Giur. merito*, 2010, p. 3063 e ss., com nota de M. CONDINANZI, La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea: prime applicazioni dei recenti orientamenti della Corte di Cassazione; in *Danno e responsabilità*, 2010, p. 850 e ss., com nota de P. L. CARBONE; in *Corr. merito*, 2010, p. 936 e ss., com nota de A. LARA, *Mancato risarcimento per la vittima della violenza e responsabilità dello Stato*; in *Corr. giur.*, 2011, p. 245 e ss., com nota de R. CONTI, *Vittima di reato e obbligo di indennizzo a carico dello Stato:* really?; in *Resp. civ. e previdenza*, 2011, p. 923 e ss., com nota de M. WINKLER, Francovich *colpisce ancora: una nuova condanna dello Stato per ritardato (ed errato) recepimento di una direttiva europea*; sobre o tema, cfr. também M. BONA, La tutela risarcitoria statale delle vittime di reati violenti ed intenzionali: la responsabilità dell'Italia per la mancata attuazione della direttiva 2004/80/CE, in *Resp. civ. e previdenza*, 2009, p. 662 e ss.; e V. BONINI, L'attuazione della direttiva in tema di indennizzo delle vittime di reato e le perduranti inadempienze dello Stato italiano (d. lgs. 9.11.2007, n. 2004), in *Leg. pen.*, 2008, p. 1 e ss.].

75. Aqui nos referimos à experiência notada de que – na base de uma visão tenazmente sustentada pela doutrina (F. VIGANÒ; L. MASERA, Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisprudenziali, in *RIDPP*, 2010, p. 560 e ss.), não sem algumas vozes de dissenso (cfr. p. ex. T. EPIDENDIO, *Direttiva repatriados e art. 14 t.u. immigrazione*, in [www.penalecontemporaneo.it]) – conduziu

não poderão jamais explicar efeitos "negativos", tampouco pelo trâmite de uma interpretação conforme – porquanto isto equivaleria a fazer recair sobre os indivíduos as consequências danosas do inadimplemento estatal na atuação (ou na correta transposição) da obrigação comunitária.[76]

---

à "neutralização" do crime de descumprimento da ordem de repatriamento nos confrontos do imigrante irregular (art. 14, par. 5-*ter*, Decreto Legislativo 286/1998, assim chamado *Testo unico sull'immigrazione*), efetivamente por contraste com a diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa de 16.12.2008, 2008/15/CE, recante normas e processos comuns aplicáveis nos Estados-membros acerca do repatriamento de cidadãos de terceiros países cuja permanência seja irregular. Como se sabe, respondendo a um dos muitos recursos prejudiciais (aquele apresentado, com processo de urgência pela Corte de Apelação de Trento, como ordenança aos 02.02.2011), a Corte de Justiça interveio com a já célebre sentença *El Dridi* (CJUE, 28.04.2011, C-61/11) afirmando, de um lado, que a disciplina contida nos arts. 15 e 16 da Diretiva repatriados encontra-se dotada de efeitos diretos (sendo as disposições em questão incondicionadas e suficientemente precisas), e que, de outro, ela "deve ser interpretada no sentido de que obsta uma normativa de um Estado-membro, como aquela em discussão no processo principal, que preveja a irrogação da pena de reclusão ao cidadão de um terceiro país cuja permanência seja irregular em face da só razão de ele, em violação de uma ordem de deixar o território de tal Estado, permanece em seu território sem motivo justificado", visto que uma opção punitiva similar – como receado pela doutrina – frustraria o *efeito útil* da disciplina comunitária, e destarte o atingimento do seu escopo. De fato, segundo a Corte, a aplicação da pena detentiva "arrisca a comprometer a realização do objetivo perseguido pela diretiva, ou seja, a instauração de uma política eficaz de remoção e de repatriamento dos cidadãos de terceiros países cuja permanência seja irregular" (ponto 59; sobre a decisão, F. VIGANÒ; L. MASERA, *Addio articolo 14*, in [www.penalecontemporaneo.it], 2011; sob perspectiva diversa, A. DI MARTINO; R. RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: "direttiva repatriados" e diritto penale italiano*, ivi, 2011; M. T. COLLICA, *Gli effetti della direttiva repatriados sul diritto vigente*, ivi, 2011).

Sob estas premissas, a incidência consequencial fez-se clara desde os mesmos juízes de Luxemburgo, e indicada no poder-dever da parte dos juízes domésticos de desconsiderar "toda disposição do Decreto Legislativo 286/1998 contrária ao resultado da Diretiva 2008/115, assinaladamente o seu art. 14, par. 5-*ter*": e visto que as sentenças da Corte de Justiça não exaurem seus efeitos no procedimento principal, mas têm efeitos *erga omnes* (interpretando o direito da União com eficácia vinculante para todos os órgãos e poderes dos Estados-membros), o caminho foi imediatamente tomado pelos juízes italianos [com delicados problemas de direito intertemporal: por todos, M. GAMBARDELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi ("direttiva repatriados") nell'ordinamento penale italiano*, ivi, 2011].

76. Mas em relação à peculiar hipótese da penetração da fonte comunitária pela valoração de um elemento normativo do tipo, e, segundo o tipo de contribuição (de especifica-

De resto, assinala a doutrina mais autorizada que, em linha de princípio, "os resultados práticos que obtém com a obrigação de interpretar o direito nacional de modo conforme à norma de uma diretiva, anterior ou mesmo sucessiva e portanto independentemente de sua transposição, não são muito diversos daqueles que se realizariam com a afirmação pura e simples do efeito direto (...)".[77] E é precisamente por esta razão que, ciclicamente, levantam-se vozes a favor de uma abordagem teórica unitária dos efeitos diretos e da interpretação conforme, com consequente abandono das pouco confiáveis categorizações distintivas (efeitos diretos/efeitos indiretos) e equiparações sobre o plano dos pressupostos e dos limites de operatividade (a partir, pois, da assim chamada invocabilidade nos conflitos do indivíduo).[78]

### *4.2.2 Algumas questões críticas: o risco de "criptoanalogias"*

Portanto, se se parte do princípio de que, em matéria penal, exclui-se a incidência desfavorável de fontes supranacionais não transpostas, a nosso aviso afigura-se pouco confiável a distinção entre *efeitos diretos* e *efeitos* ("*indiretos*", mas de todo modo) *expansivos* do tipo punitivo, que poderiam ser admitidos – como frequentemente se sustenta não apenas acerca da normativa UE – pelo mecanismo da interpretação conforme, contanto que não supere o "*dado literal*", logo respeitando sempre o limite da proibição de analogia *in malam partem*.[79]

---

ção técnica ou não) e de incidência sobre o preceito (investindo ou não o significado da proibição), para além da tipologia das fontes, cfr. retro, nota 48.

77. "(...) de fato reduzindo-se a diferença de consequencias entre efeito horizontal e vertical": G. TESAURO, *Diritto comunitario* cit., p. 182.

78. Seria esta a única via – conforme já se afirmou – para "governar a incerteza do direito" fomentada pela doutrina da *consistent interpretation*: G. BETLEM, *The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty* cit., p. 397 e ss.

79. Cfr., neste sentido, p. ex., H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht* cit., Rn. 90, precisando que uma interpretação extensiva da tipicidade penal ("'*strafbarkeitserweiternde*' *unionsrechtskonforme Auslegung*") em conformidade com o direito eurounitário deveria ser considerada admissível na presença de dois pressupostos, ou seja, onde, de um lado, não supere o dado literal, e, de outro, onde "o mesmo ato normativo UE seja de per se determinado"; em sentido substancialmente análogo, quando à aceitabilidade de uma interpretação extensiva, F. VIGANÒ, Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433 e ss., 1438 e ss.; ID., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme* cit., p. 668 e ss.; e C. SOTIS, *Il diritto senza codice* cit., p. 291 e ss., e ID., Diritto comunitario e giudice penale, in *Corr. merito*, 2008, p. 26 e ss., os quais efetivamente admitem efeitos ex-

A respeito, observam-se as profundas reservas críticas que acompanham desde sempre esta distinção (efeitos diretos/efeitos indiretos) sobre o mesmo terreno de origem, e que assinalam como ela vem sendo um dos fatores de "*legal uncertainty*" no domínio da "*consistent interpretation*";[80] ainda a querer omiti-la, não se pode contudo negligenciar o fato de que a extensão interpretativa a condutas *antes* consideradas excêntricas acerca da tipicidade (penal), e *depois* consideradas nela reincidentes após a leitura "supranacionalmente orientada", ainda que meramente *extensiva* e não *analógica*, resulta de toda forma mascarar uma atribuição de efeitos punitivos à normativa supranacional, transgredindo o princípio de fundo supra-aludido – a verdadeira "constante" do sistema, ou seja, a "cláusula de preclusão" válida para todas as fontes não transpostas – a qual impede toda a sua invocabilidade (*Berufungsmöglichkeit*) perante o juiz nacional; e isso para evitar, conforme já se faz claro, que os "efeitos diretos", abertamente afastados, ressurjam "*by the back door*".[81]

Cumpre ressaltar o fato de que os efeitos negativos o seriam "somente no tocante à precedente práxis interpretativa",[82] na medida em que descenderiam, de qualquer modo, de uma norma não transposta, "de *per si* e independentemente da lei nacional adotada por um Estado-membro para a sua aplicação", sendo o seu emprego hermenêutico a "determinar ou agravar a responsabilidade penal daqueles que lhes transgridam as disposições":[83] e é talvez sobre a base de análogas considerações que o advogado-geral Mischo, nas *Conclusioni* do verdadeiro *leading case* nessa matéria (*Kolpinghuis Nijmegen*), insistira por

---

pansivos mas *dentro dos limites* da proibição de analogia; A. M. MAUGERI, *La confisca per equivalente* cit., p. 823.

80. Cfr. ainda G. BETLEM, *The Doctrine of Consistent Interpretation* cit., p. 413 e ss.

81. A respeito, refere-se a "*estoppel argument*", ou seja, de verdadeira e própria preclusão nos casos de qualquer consequência negativa ao indivíduo, G. BETLEM, *The Doctrine of Consistent Interpretation* cit., p. 415.

82. Nesse sentido, novamente H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht* cit., Rn. 92, p. 144.

83. Sobre este ponto, V. MANES, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale* cit., p. 1158 e ss.; e também ID., *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti* in malam partem cit., p. 101 e ss. A posição de negar-se em qualquer caso, em matéria penal, êxitos interpretativos ampliativos orientados ao direito comunitário é compartilhada também por C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea* cit., p. 64 e ss., e, na doutrina alemã, por BRECHMANN, *Die richtlinienkonforme Auslegung*, 1994, p. 275 e ss.; e da KÖHNE, *Die richtlinienkonforme Auslegung im Umweltstrafrecht – dargestellt am Abfallbegriff des § 326 Abs. 1 StG*, 1997, p. 107 e s.

limitar a admissibilidade da interpretação conforme aos *exclusivos casos* em que o juiz doméstico confirmasse, com auxílio hermenêutico da norma comunitária, uma interpretação já baseada *sobre outras considerações*.[84]

Percorrendo a jurisprudência de Luxemburgo, de resto, pareceria supérfluo buscar avaliar as considerações ora expostas recordando o estado de profunda crise em que se vê – tanto na jurisprudência[85] como na doutrina[86] – a distinção entre analogia e interpretação extensiva; de fato, é a mesma Corte de Justiça, com o conforto da Corte EDH, que mais vezes tem demonstrado-se desfavorável ao critério da interpretação extensiva, destacando de um lado como "o princípio que impõe não se aplicar a lei penal de forma extensiva em prejuízo do imputado, que é corolário do princípio da legalidade dos crimes e das penas, e de forma mais geral da certeza do direito, obsta a que sejam intentados procedimentos penais em torno de um comportamento *cujo caráter não resulte de modo evidente da lei*", e, de outro, que "tal princípio (...) faz parte dos princípios gerais de direito porquanto se acha na base das tradições constitucionais comuns dos Estados-membros (...)";[87] e asseverando outrossim que "toca ao

84. *Conclusioni* da causa C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen* cit., ponto 27.

85. Veja-se, ora, o instrutivo exame de L. ROMANO, sub *Art. 1*, in A. CADOPPI; S. CANESTRARI; P. VENEZIANI, *Codice penale commentato* cit., p. 73 e ss., assinalando um amplo leque de casos cujo rigor interpretativo demonstrado seria muito frágil.

86. Na vastíssima discussão a respeito – sobre a qual se remete a M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 150 e ss. e 153 (e especialmente nota 25) – basta aqui referir-se, de um lado, ao estudo de O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale* cit., especialmente p. 265 e ss., que, partindo da ideia da natureza inevitavelmente analógica de todo procedimento interpretativo, rediscute o contexto aplicativo da proibição de analogia em matéria penal (embora reafirmado em seu essencial significado político), circunscrevendo-o à analogia *externa*, que, portanto restaria preclusa (ao passo que seria admissível a analogia *interna*, "que provém do interior e que, exercendo uma força centrífuga, move a partir das propriedade *essenciais*, isto é, das propriedades sem as quais a palavra não teria um dado significado, para compreender aquelas *típicas*, vale dizer, as propriedades sem as quais uma palavra não perde seu significado"); de outro, ao mais recente ensaio de M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?* cit., p. 25 e ss., 35 e ss., 121 e ss., que partindo de análogas premissas abertamente céticas – ou seja, a natureza "sempre analógica e criativa da interpretação" – e indo primeiro às "raízes axiológicas" da proibição de analogia, esforça-se para localizar em outro lugar o critério que aponte o campo de jogo do intérprete ("o conteúdo de desvalor expresso do tipo incriminador"), e as garantias que devem de qualquer modo nortear o procedimento interpretativo (indagando, em particular, os extraídos da jurisprudência da Corte EDH).

87. Assim, p. ex., CJCE, 12.12.1996, C-74/95 e C-129/95, X cit., ponto 25, remetendo-se expressamente ao art. 7 da Convenção EDH e à jurisprudência da Corte EDH

juiz *a quo* garantir o respeito a tal princípio em sede de interpretação" do direito nacional adotado para adimplir a obrigação comunitária.[88]

Por outro lado, também pretendendo utilizar o diverso critério de filtro tendente a admitir leituras meramente extensivas advindas de leituras analógicas vedadas, o ponto verdadeiramente difícil seria aquele de distinguir as primeiras de hipóteses de *criptoanalogia* fantasiada sob um processo de interpretação conforme:[89] como quando se hipotetiza estender o conceito de "menor" em torno do qual gravitam os tipos italianos que incriminam a pedopornografia – malgrado aí não haja, a nosso aviso, qualquer "incerteza" ou "*penumbra of meaning*" – também aos casos do menor virtual ou do menor aparente, partindo da definição tomada em sede comunitária;[90] ou quando se compreende

---

(em particular, Corte EDH, 25.05.1993, *Kokkinakis*, ponto 52, e 22.11.1995, *S.W./Regno Unito e C.R./Regno Unito*, ponto 33); cfr. também CJCE, 07.01.2004, C-58/02, *Commissione c. Regno di Spagna*, em que – no contexto de um processo de infração voltado a censurar o persistente inadimplemento da Espanha para tomar medidas adequadas de proteção requeridas por uma diretiva comunitária em matéria de acesso à "Pay TV", e em réplica às argumentações do Estado-membro que sustentava haver já adimplido a obrigação mediante a introdução de hipóteses sancionatórias em seu Código Penal – em face das persistentes lacunas reconhecidas afirma-se um preciso limite à interpretação conforme, ressaltando como "também interpretando o direito penal conformemente à diretiva, as lacunas e as ausências notadas pela Comissão não podem ser sanadas sem incorrer em violações dos princípios de legalidade e de certeza do direito, os quais impedem punir comportamentos que não sejam claramente individuados e expressamente qualificados como infrações pelo Código Penal" (sobre a sentença, vejam-se as reflexões de C. SOTIS, *Il diritto senza codice* cit., p. 291 e ss.).

88. Neste sentido, ainda CJCE, 12.12.1996, C-74/95 e C-129/95, X cit., ponto 26.

89. Reconhece-o, de resto, também quem sustenta a admissibilidade de interpretação conforme con efeitos espansivos, nos limites da proibição da analogia: cfr. C. SOTIS, *Il diritto senza codice* cit., p. 303, assinalando como "(...) também se em linha de princípio é possível considerar que a obrigação de interpretação conforme, nos limitados espaços permitidos pela vedação à analogia, possa explicar efeitos expansivos (lícitos) da norma incriminadora doméstica, em concreto, os casos de interpretação extensiva da norma incriminadora à luz da norma comunitária, que não sejam em verdade interpretações analógicas mascaradas, são efetivamente reduzidíssimos (...)" (o mesmo autor anota uma só hipótese de interpretação conforme admissível porque meramente extensiva, no caso objeto de decisão prejudicial com a sentença CJCE, 11.02.1999, C-366/97, *Romanelli*).

90. A respeito, para sustentar a admissibilidade da interpretação conforme, porquanto meramente extensiva e não analógica, p. ex. F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale* cit., p. 1439 (e ID., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme* cit., p. 668 e ss.); criticamente, cfr., V. MANES, *L'incidenza*

à luz do princípio da precaução alguns elementos típicos – como o conceito de "desobediência", central em muitos delitos ambientais – estendendo-lhes a correspondente nota incriminadora, partindo de decisões da Corte de Justiça (malgrado sempre concernente a uma diretiva não corretamente transposta).[91]

Seria então de se concluir que, qualquer que seja o frame dogmático de que se entenda partir, a margem de tolerabilidade deve ser apontada desde as instâncias de culpabilidade individual: somente a interpretação conforme "extensiva" previsível,[92] e não a interpretação extensiva *tout court*,[93] deveria manter-se

---

*delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale* cit., p. 435 e ss.; porém, sobre este ponto uma barreira adicional teria devido referir-se também ao princípio da ofensividade, como corretamente evidenciado por C. Sotis, *Il diritto senza codice* cit., p. 304 e ss.

Nesse mister, interveio o legislador introduzindo uma hipótese de pedopornografia virtual (art. 600 *quater*, c.p., inserido pelo art. 4 da Lei 38/2006), suscitando ásperas críticas e levando a doutrina mais sensível aos princípios liberais (e correspondentemente ao princípio da ofensividade) a propor leituras restritivas: veja-se, em particular, G. Cocco, Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?, in *RIDPP*, 2006, p. 863 e ss., 871 e ss.

91. Cfr. a respeito, D. Castronuovo, Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione, in VV.AA., *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, por G. Grasso; L. Picotti; R. Sicurella, Milano, 2011, p. 61 e ss. e 653 e ss., apontando, em diversas decisões da Cassação, a leitura extensiva da noção de "desobediência", em particular à luz de tal decisão da Corte de Justiça.

Essas decisões jurisprudenciais ecoando, de resto, posições precedentes, em que a *interpretação conforme* realizada pelos juízes nacionais de modo sistemático e voltada a uma gradual objetivação da definição do conceito de desobediência contido na normativa nacional traduziu-se em uma verdadeira interpretação *contra legem*, constitutiva de novas formas de responsabilidade não previstas pela legislação nacional, e, portanto ilegítimas: cfr. R. Sicurella, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea* cit., p. 81, nota 115.

92. Não obstante a ambiguidade e as fricções ante um conceito de legalidade formal subjacente ao conceito de previsibilidade, muito frequentemente condicionado por instâncias de "justiça substancial".

93. Um caso limite parece-me o decidido pela Cass., SS.UU., 25.10.2007, Miragliotta, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3167 e ss., em que – ainda em tema de sequestro preventivo relativo, ora em uma hipótese de concussão – tomou-se uma noção extensiva de *proveito*, compreensiva dos bens adquiridos com o *emprego* do que se haja obtido imediatamente da prática do delito, fazendo leva sobre a definição de *crime proceed* colhida em diversas fontes supranacionais (a Convenção de Viena de 1988 em matéria de tráfico ilícito de

percorrível,[94] segundo as declinações oferecidas – ainda aqui – pela jurisprudência de Estrasburgo, com referência às garantias que devem acompanhar o processo interpretativo (e também a modificação jurisprudencial com efeitos *in malam partem*), admissível, com efeito, se "*reasonably foreseeable*", em razão da presença de precedentes jurisprudenciais em termos de modificação das condições histórico-sociais.[95]

### *4.2.3 (segue)... e de "criptodesaplicação" in malam partem*

Mas não são somente estes os riscos da hermenêutica orientada às fontes supranacionais.

De fato – como foi prontamente observado – tampouco são infrequentes as hipóteses que têm conduzido os juízes nacionais a utilizar-se indevidamente, por via interpretativa, de fontes supranacionais não diretamente aplicáveis,[96] e, assim, a veicular formas sub-reptícias de desaplicação com

---

substâncias psicoativas, a já referida Convenção OCDE de 1997 sobre a luta contra a corrupção de agente públicos estrangeiros nas operações econômicas internacionais, e por último a decisão-quadro 2005/212/GAI): uma interpretação "extensiva" que legitime o sequestro preventivo orientado ao confisco "em forma específica" (no sentido da primeira parte do art. 322-*ter*, § 1.º, c.p., e sem necessidade de fazer "entrar em jogo" o sequestro orientado ao confisco "por equivalente" de cuja segunda parte do mesmo § 1.º do art. 322-*ter*, circunscrito ao só *preço*, com exclusão do *proveito*), a qual poderia ser considerada, com efeito, "previsível", também à luz de precedentes jurisprudenciais (e se o confronto com o art. 416, § 7.º, c.p., e o argumento da *ubi voluit*, pode fazer surgir – também neste caso – "suspeitos legítimos" de analogia *in malam partem*, sub-rogados por diversas decisões da mesma Cassação de caráter bem mais restritivo: cfr., p. ex.., SS.UU., 24.05-09.07.2004, Curatela falimentar in proc. Focarelli, rv. 228166, que insiste na necessidade de uma imediata derivação causal do crime da vantagem econômica legitimamente sujeitável ao confisco).

94. É um compromisso imprescindível também pelos defensores da admissibilidade de exegeses conformes extensivas: cfr., p. ex., F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme* cit., p. 670 e ss.

95. A respeito, e não sem relevos críticos, O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale* cit., p. 2238 e ss.; V. MANES, Art. 7/1, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY (org.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 280 e ss. (e em relação à modificação jurisprudencial, p. 274 e ss.); partindo, de forma mais geral, do limite da interpretação admissível, cfr. ainda M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine* cit., p. 50 e ss., 53 e ss.

96. A partir das reflexões do caso *Pupino*, em face da verdadeira interpolação de uma hipótese de admissibilidade do incidente probatório claramente não prevista pelos arts.

efeitos *in malam partem*. Trata-se de operação, expressamente banida pela Corte Constitucional,[97] porque – também neste caso – o primado do direito UE violaria o contralimite da reserva de lei e as garantias individuais; e ainda um êxito que aflora, a título de exemplo,[98] nos extratos jurisprudenciais em tema de mandato de arresto europeu, em que a assimetria entre a decisão-quadro 2002/584/GAI e a normativa de atuação (Lei 69/2005) concernente aos "motivos de recusa" foi resolvida, não raro, excedendo o limite entre a interpretação conforme e interpretação *contra legem*,[99] e logo "com efeitos substancialmente desaplicativos dos motivos de recusa desprovidos de correspondência na sobredita decisão-quadro (...)".[100]

A esse resultado se soma, por vezes, a atribuição de efeitos diretos a um ato que lhes é privado por antonomásia; noutras, justifica-se a solução *per saltum* com a direta aplicação de outros instrumentos pactuados que, no entanto, a mesma normativa europeia parecia ter logicamente suplantado.[101]

---

392 e 398, c.p.p. para conformar-se à decisão-quadro 2001/220/GAI sobre a tutela da vítima no processo penal: cfr. *G.i.p.* [juiz da instrução preliminar] Trib. Firenze (Dra. Mori), ord. 12.09.2005 (inédita), e outrossim *G.i.p.* Trib. Firenze (Dra. Mori), ord. 14.09.2005, Nicolais, inédita.

97. Nas mais vezes citada sentença 28 de 2010.

98. Para outros casos de desaplicação *in malam partem*, cfr. retro, nota 49, da vedação da pesca do peixe jovem.

99. Também F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme* cit., p. 621 e s.

100. Uma "interpretação conforme a qualquer custo", definitivamente, com claros "efeitos in malam partem": assim, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea* cit., p. 65, e nota 125, assinalado, de um lado, a decisão que haja substancialmente aniquilado o "controle sobre graves indícios de culpabilidade" da parte do juiz italiano, prescrito pelo art. 17 da Lei 69/2005 (Cass., 26.09.2005, Ilie Petre, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3772), de outro, "a com maior razão", a decisão que, em contraste com o enunciado do art. 18, let. "e" da lei aplicável, manteve exequível a entrega da pessoa buscada também a um Estado (o belga) cuja legislação não prevê termo máximo de custódia cautelar, ainda que previsto um "termo temporal implícito" (Cass., 30.01.2007, Ramoci, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1911).

101. Cfr., Cass. pen., Seção VI, 20-27.12.2010, n. 45524, Ric. S.R.A., in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 711 e ss. (ementa), que, acerca de um requerimento de entrega da autoridade alemã por pertinentes fatos cometidos em parte no território do Estado e em outra parte no exterior – considerou "superável" a "proibição de entrega" do art. 18, par. 1.º, let. "p" da Lei 69/2005 reputando aplicável, por força do art. 31 da decisão-quadro 2002/584/GAI – o art. II do Acordo Bilateral Ítalo-tedesco de 24.10.1979, ratificado mediante a Lei 969/1984, com que as partes entenderam facilitar a aplicação da Convenção Europeia de extradição de 1957, nas hipóteses em que a demanda de entrega refira-se tambem a outros crimes não sujeitos à jurisdição do Estado de

Referente à matéria processual, segue a Corte Constitucional a testemunhar a inadmissibilidade de uma tal forma de "controle difuso" – e das implícitas soluções *omisso medio* – em casos substancialmente análogos e menos "traumáticos" pela posição jurídico-penal do indivíduo: confirma-o a decisão com que a Corte anotou a ilegitimidade da disposição interna que limitava o motivo obstativo à execução do MAE[NT3] em fase executiva somente aos cidadãos italianos (art. 18, § 1.º, al. "r" da Lei 69/2005), reconhecendo um contraste com a correlata disposição da decisão-quadro (art. 4, ponto 6, da decisão-quadro sobre o MAE); contraste, de um lado, "insanável em sede interpretativa" (visto que a leitura "comunitariamente orientada" da norma transpositiva deforma, malgrado garantido induvidosos efeitos favoráveis, contrastava com a leitura cristalizada no "direito vivente"), de outro insuscetível de "encontrar remédio na desaplicação da norma nacional por parte do juiz comum, tratando-se de norma da União Europeia desprovida de eficácia direta", e portanto censurável *somente* em sede de legitimidade (por violação aos arts. 11 e 117 da Constituição).[102] Ainda em razão do fato, determina a Corte que "a precluir ao juiz comum a desaplicação da norma interna em hipóteses incompatíveis, vale ainda a circunstância de que na espécie cuida-se de matéria penal e que um provimento estrangeiro que determine a privação da liberdade para fins de execução da pena no Estado italiano não poderia ser executado por força de uma norma da União a que não corresponda uma válida norma interna de aplicação".[103]

---

refúgio e resulte oportuno fazer julgar todos os crimes no Estado requerente; sobre a decisão, veja-se a anotação – a respeito, crítica – de R. CALÒ, In claris non fit interpretatio? *Una pronuncia della Cassazione sul mandato di arresto europeo* (ivi, p. 711 e ss., em particular p. 718 e ss.).

NT3. Nota do Tradutor. Mandato de arresto europeu.

102. Cfr. Corte Constitucional 227 de 2010, censurando o contraste com a disciplina comunitária (por violação dos arts. 11 e 117 da Constituição), na esteira de duas decisões da Corte de Justiça UE (sentença 06.10.2009, C-123/08, *Wolzenburg*; 17.07.2008, C-66/08, *Kozlowsky*); sobre a importante decisão, que confirma a – mais vezes citada – sentença 28 de 2010, remete-se a C. AMALFITANO, *Il mandato d'arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta*, in [www.forumcostituzionale.it].

103. Corte Constitucional 227 de 2010, § 7.1, do *Considerato in diritto* (invocando a precedente sentença 28 de 2010), que assim conclui a respeito: "A hipótese de ilegitimidade da norma nacional por incorreta atuação da decisão-quadro é reconduzível aos casos nos quais, segundo a jurisprudência desta Corte, não subsiste o poder do juiz comum de 'não aplicar' a primeira, bem assim o poder-dever de sobrelevar questão de legitimidade constitucional, por violação dos arts. 11 e 117, § 1.º, da Constituição, in-

Brevemente, se este é o caminho a ser perseguido para contemplar as assimetrias insolvíveis na via interpretativa no tocante a uma fonte privada de eficácia direta, tanto mais isso vale em face de consequências penais, em que a mesma Corte de Justiça recorda que "o direito comunitário não comporta um mecanismo que consinta ao juiz nacional eliminar disposições internas em contraste com uma disposição de uma diretiva não transposta, não podendo tal disposição ser invocada perante o juiz nacional":[104] destarte, é somente perante a Corte de leis que deve ser censurado também a "traição do espírito da decisão-quadro" sobre o MAE – em que verdadeiramente assim se reconheça, e se mantenha injustificado[105] – por parte do juiz comum.

### 4.2.4 *(segue) Presunções "comunitariamente orientadas" e (possível) conflito entre interpretações conforme*

Como visto, pois, as potencialidades interpretativas abertas pela proliferação das fontes supranacionais – e, mais além, o só direito UE – são excessos pontuados por possíveis *microanalogias*, além de formas mais ou menos mascaradas de desaplicação *in malam partem*. Mas se conferem ainda reflexos hermenêuticos potencialmente mais sutis, e talvez ainda menos controláveis, que investem também sobre o terreno da prova da conduta ou do elemento subjetivo, afirmando esquemas presuntivos: isso se verifica, exemplificativamente, em matéria de lavagem de valores, por expressa instituição das diversas diretivas comunitárias, em que se afirma, em essência, que a consciência da origem ilícita dos proventos pode dessumir-se de circunstâncias fáticas objetivas;[106] ou

---

tegrados pela norma conferente da União, quando, como na espécie, seja impossível excluir o dito contraste com os instrumentos hermenêuticos ordinários conferidos pelo ordenamento".

104. Neste sentido, CJCE, 26.09.1996, C-168/95, *Arcaro* cit., com referência a uma diretiva, mas com uma determinação que vale *a fortiori* em relação a uma decisão-quadro.

105. A respeito, remete-se à reconstrução de V. MAIELLO, La disciplina interna del MAE tra fedeltà comunitaria e garanzie costituzionali: riflesso di una *primauté* solo "tendenzialmente assoluta", in *RIDPP*, 2011, p. 112 e ss. e 133, segundo o qual, em conclusão, "a recepção da decisão-quadro caracteriza-se por uma apresentação compreensivamente divisível, em que haja "filtrado" a obrigação de conformação, harmonizando-a com algumas importantes garantias constitucionais (...)".

106. No caso da lavagem, toma-se posição pelas regras probatórias acerca do elemento subjetivo, a reclamar que os componentes do dolo – "o conhecimento, a intenção ou a finalidade, que devem constituir um elemento dos atos supraindicados" – possam ser dessumidos de "circunstâncias fáticas objetivas" (e assim, pois, a consciência da

em matéria de *insider trading*, por "intercessão graciosa" da Corte de Justiça, segundo a qual a "utilização" da informação privilegiada – ou seja, o requisito em que reside o núcleo de desvalor ofensivo do fato – presume-se na "detenção" da notícia mesma, salvo prova em contrário oferecida pelo presumido *insider* que tenha realizado a operação financeira pertinente.[107]

---

proveniência delituosa, que é o *punctum dolens* do acertamento probatório): neste sentido, em particular, já o art. 1 da Diretiva 91/308/CE (assim chamada Primeira Diretiva Antilavagem), com uma disposição replicada até o art. 1, § 5.°, da Diretiva 2005/60/CE (denominada Terceira Diretiva Antilavagem), além de várias outras fontes supranacionais (como a alínea *a* da Recomendação 2 do FATF-GAFI; veja-se ainda o art. 6.°, §. 2.°, *c*, da Convenção de Estrasburgo; e ainda o art. 9.°, § 2.°, *c*, da Convenção de Varsóvia).

Tal escolha reflete-se em diversos instrumentos internacionais, e, de diferentes partes, não lhe faltam críticas (cfr. as recentes críticas frontais expressas, a respeito, de um autorizado grupo de estudiosos no *Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* [www.zis-online.com], n. 12/2009, p. 697 e ss. e 702, denunciando abertamente como "uma similar conclusão automática acerca do dolo não satisfaz o princípio da culpabilidade").

107. Cfr. CJCE, 23.12.2009, C-45/08, segundo a qual "O art. 2, par. 1, da Diretiva 2003/6/CE deve ser interpretado no sentido de que a operação sobre instrumentos financeiros cumprida por um sujeito que detém uma informação privilegiada comporta a 'utilização' de tal informação e, portanto a integração da conduta vedada nos termos do par. 2, resguardado o respeito aos direitos de defesa e, em particular, do direito de poder confrontar tal disposição"; sobre o ponto, remete-se à rica nota crítica de A. F. TRIPODI, *L'insider trading* in una recente pronuncia della Corte di giustizia: "utilizzazione (implicita) della notizia" e presunzione d'offesa, in *Giur. comm.*, 2011, p. 55 e ss., e especialmente p. 68 e ss., em que o autor aponta que, à luz da citada decisão, nos ordenamentos cujos tipos (penais e administrativos) de *insider trading* contenham – conformemente ao texto da Diretiva 2003/6/CE – o requisito da "utilização" das informações – como no caso da legislação italiana –, "verificar-se-ia (...), paradoxalmente, um sopesamento (imprevisível, estando ao teor literal da norma) da posição processual do imputado, em virtude da inversão do ônus probatório consequente à presunção de 'uso' da notícia", adicionando que "à presunção (legal) quanto à fruição da notícia poderia facilmente afiançar-se aquela (*praesumptio hominis*) concernente à possa da mesma informação, com o risco de 'deriva' no sentido de uma hipótese criminosa fundada simplesmente sobre a realização de uma operação na bolsa por parte de determinados sujeitos", e mantendo outrossim "previsível que o esquema presuntivo elaborado pela Corte com referência à hipótese clássica de *insider trading*, ou seja, aquela correspondente à realização de operações negociais, venha estendido a outra tipologia de conduta típica fundada no emprego *lato sensu* da notícia: il *tuyautage* (...)".

As preocupações assinaladas pelo autor se coadunam com o quanto afirmado pela doutrina mais atenta ao tema: vejam-se, por todos, S. SEMINARA, Insider trading *e dirit-*

Em suma: um cenário que, livre de vínculos, parece preceder não só ao "declínio das lacunas" em matéria penal, mas também à reedição de esquemas do *ancien régime* – sejam eles os do "*dolus ex re*" ou do "*fraus praesumitur*" – cujo sucesso nas aplicações jurisprudenciais internas – em que as mesmas não sejam já "alinhadas" – é facilmente previsível; e seria somente um entre tantos exemplos em que argumentações deduzidas de normas ou "princípios" supraordenados arriscam-se a "transformar geneticamente as disposições legislativas".[108]

No caso específico, tais esquemas – trazendo ora um segmento do dolo ora um elemento do fato típico expressivo da ofensa a título presuntivo – deverão de qualquer forma medir-se com limites garantistas de diversa ordem: de um lado, a jurisprudência da Corte Europeia, em que se afirma que a Convenção "em linha de máxima não é de obstáculo" às presunções postas aos sistemas jurídicos, determina ainda que em âmbito penal "essa obriga os Estados contraentes a não superarem nessa seara um certo limiar", adicionando o princípio do art. 6, § 2, da Convenção EDH que pretende que os Estados tolerem as presunções "dentro de limites racionais considerando a importância do que se põe em jogo e preservando os direitos de defesa;[109] de outro, com as garantias constitucionais, em cujo prisma uma plena valorização do princípio de culpabilidade – que a essa altura filtra também na jurisprudência da Corte de Estrasburgo –[110] deveria representar um obstáculo bem mais coriáceo contra

---

*to penale*, Milano, 1989, p. 231 e ss.; de recente, V. NAPOLEONI, verbete *Insider trading*, in *Digesto disc. pen.*, Aggiornamento, Torino, 2008, p. 576 e ss., assinalando com clareza como as instâncias do direito penal da lesão deveriam induzir a "circunscrever a repressão exclusivamente aos abusos efetivos do privilégio informativo", e que "não deveria haver dúvidas" sobre o fato de que "tal módulo seja aquele mais consoante à adoção de regências de caráter penalístico" – tanto mais se atestados sobre os atuais níveis de severidade, para concluir que "(...) a projeção lesiva da prática incriminada é já suficientemente fugaz para que possa justificar-se uma ampliação da linha de tutela baseada sobre um esquema presuntivo, teoricamente apto a culpar também transações não poluídas pela assimetria informativa (...)".

108. Cfr., em perspectiva mais ampla, M. DONINI, *Il problema del metodo penalistico* cit., p. 45.

109. Cfr., a respeito, G. ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella CEDU: profili sostanziali*, in VV.AA., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, V. MANES; V. ZAGREBELSKY (orgs.), Milano, 2011, p. 377 e ss., 398 e ss.; ademais, com adicionais relevos acerca da específica hipótese acerca da presunção de utilização no tipo de *insider trading*, ainda A. F. TRIPODI, *L'insider trading in una recente pronuncia della Corte di giustizia* cit.

110. Cfr. V. MANES, Art. 7/1 cit., in S. BARTOLE; P. DE SENA; V. ZAGREBELSKY (orgs.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo* cit., p. 258 e ss., e 286 e ss.; *amplius*, F. MAZZACUVA, L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente

cada mecanismo presuntivo assim como contra cada forma de inscrição da responsabilidade a título de dolo por um fato estruturalmente *culposo*, e a tal título não punido pelo ordenamento.

Assim é que o juiz doméstico encontrar-se-á no dilema entre diversas opções interpretativas, em que a interpretação "comunitarimente conforme", para ser admissível, deverá passar pelo crivo de uma rigorosa interpretação "costitucionalmente" (e talvez também "convencionalmente") orientada, sob pena de se violar os "contralimites" (ou as garantias convencionais que o direito comunitário se compromete a garantir), que em matéria penal se estendem a recompreender todas as garantias fundamentais progressivamente "destiladas" por uma copiosa jurisprudência constitucional.[111]

### *4.3 Primazia da interpretação conforme e supremacia das (ulteriores) garantias fundamentais em matéria penal*

Esse último tópico merece adicional aprofundamento, porque – já foi evidenciado – a interpretação conforme não pode representar disfarces metodológicos para obliterar as diversas garantias que, no contexto constitucional, assinalam os limites de intervenção da máxima direção punitiva; o respeito ao patrimônio constitucional interno, portanto, representa o fundamental pressuposto de remédios de integração por via hermenêutica, qualquer que essa seja, e, pois, a margem de tolerância da abertura do ordenamento doméstico ao ordenamento supranacional.

O juiz deverá, destarte, partir do projeto hermenêutico orientado para a fonte supranacional vez a vez disponível em chave interpretativa para controlar se esse reflete e salvaguarda as garantias constitucionais, somente então podendo decretar a percorribilidade.

A Cassação, sob o rastro de claras indicações doutrinárias,[112] demonstrou sensibilidade para um similar percurso metodológico quando se empenhou a

---

giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in VV.AA., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano* cit., p. 411 e ss., e 421 e ss.

111. Veja-se, a respeito, o caderno sobre os *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, preparado para o encontro trilateral entre a Corte Constitucional italiana, o Tribunal Constitucional espanhol e a Corte Constitucional portuguesa, Madrid, 13-15.10.2011, in [www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Madrid2011_A.pdf], a que adere o já citado trabalho de G. LEO, *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia penale* cit.

112. Cfr. C. SOTIS, Il caso Pupino: profili sostanziali, in VV.AA., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale* cit., p. 33 e ss.; e, com mais amplas reflexões, ID., *Il diritto senza codice* cit., p. 304 e ss.

cumprir de significado o conceito de pedopornografia:[113] no perdurante silêncio do legislador sobre o ponto, o elemento normativo, ao redor do qual se polarizaram diferentes tipos codicísticos – e, assinaladamente, o art. 600-*ter* c.p. ("pornografia infantil") – foi "preenchido" à luz da noção de pedopornografia da qual o art. 1 da decisão-quadro do Conselho 2004/68/GAI, relativa à luta contra a exploração sexual das crianças e a pornografia infantil, mas tal noção – nos termos da "espiral hermenêutica" – foi ulteriormente validada à luz das instâncias subjacentes aos princípios de determinação e de ofensividade que, como dito, possuem antes de mais nada um fundamental valor como critérios interpretativos.

Definitivamente, a leitura conforme o direito UE – que define a pedopornografia como representação de uma figura humana envolvida em uma *conduta sexualmente implícita* – foi confrontada com os princípios internos, à luz dos quais aparenta conferir maior resolução a um elemento estruturalmente inclinado a hospedar os conteúdos mais vagos e eticizantes; na hipótese contrária – pareceria poder dessumir-se em filigranas – a interpretação conforme teria sido, de fato, inacessível.

### 4.4 *Interpretações conformes com efeitos reduzíveis ou favoráveis (in bonam partem): em particular, o "superação constitucional" e a função "prismática" da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos*

Bem diversa a hipótese na qual as incidências sejam *in bonam partem*: aqui nenhum limite, se não aqueles de caráter *lógico* de que se assinalou, opor-se-á ao poder do juiz de orientar a leitura hermenêutica da disciplina interna para se inclinar aos vínculos supranacionais, uma vez que não se contornam as exigências garantistas subjacentes ao *nullum crimen* e a seus corolários.

O direito da União Europeia pode já oferecer algum exemplo,[114] mesmo nas linhas da recente normativa de recepção da Diretiva 2008/99/CE sobre a tutela

113. Cass., 04.03.2010, n. 10981, Khan, que afastou a configurabilidade do art. 600-*ter*, c.p. na hipótese de um sujeito que, encontrando-se na praia, limitava-se a fotografar "insistentemente" alguns menores em trajes de banho, ante a ausência de demonstrações lascivas ou de atitudes sexualmente alusivas.
Sobre a decisão, veja-se o comentário de G. COCCO, Nota a Cass. pen., Seção III, 22.03.2010, n. 10981, in *Resp. civ. e previdenza*, 2010, p. 2073 e ss.; ademais, A. ROIATI, La nozione di pornografia penalmente rilevante tra diritto sovranazionale e principi di offensività e sufficiente determinatezza, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1415 e ss.; A. SCARCELLA, Tassatività e determinatezza della nozione di "pornografia": la Cassazione apre al diritto comunitario, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 973 e ss.

114. Ainda que talvez menos frequentes, podem-se hipotetizar exemplos – ressalvando-se o que se dirá logo após – precisamente em matéria de confisco, notadamente acerca da

penal do ambiente:[115] como no caso do delito de "tráfico ilícito de resíduos" (art. 259 do Decreto Legislativo 152/2006), cuja incriminação, à luz da formulação vigente, não excetua o caso em que a expedição – enquanto em casos específicos – "seja efetuada em quantidade não negligenciável em uma única ou mais expedições que resultem conexas entre si" (art. 3, al. "c", da citada diretiva); ou no caso do novo art. 733-*bis* c.p., cuja dicção definitiva não circunscreveu o perímetro de relevância penal do crime de "destruição ou deterioração do habitat no interior de sítio protegido" limitando-o aos casos de deterioração "significativa" (como determinava o art. 3, al. "h", da diretiva referida).[116]

---

hipótese especial prevista pelo art. 12-*sexies*, do Decreto Legislativo 306 de 1992, convertido na Lei 356/1992, medida não mais circunscrita à constelação de crimes típica do crime organizado que na leitura colhida (ainda uma vez) pelas Seções Unidas da Cassação viu ulteriormente "diluírem" os próprios pressupostos de aplicação: como visto, acertada a desproporção a respeito da renda, não é necessário que haja qualquer nexo de pertinência entre os bens (de cuja eventual proveniência legítima o sujeito não faz prova) objeto de confisco e o crime que haja provocado a medida (ou, mais genericamente, com uma atividade criminosa da pessoa condenada), tampouco se faz necessário haver um nexo de congruência cronológica entre o ingresso dos mesmo bens no patrimônio do imputado e o cometimento do crime. Ao revés, na decisão-quadro 2005/212/GAI os "poderes ampliados de confisco" (art. 3) vinculam-se, de um lado, à "plena convicção" por parte do juiz acerca do fato de que "o bem em questão seja proveniente de atividades criminosas da pessoa condenada, cometidas durante um período anterior à condenação pelo crime da qual, à luz do par. 1, é considerada racional pelo juiz nas circunstâncias do caso em espécie", ou à "plena convicção" de que o bem seja "o provento de análogas atividades criminosas"; de outro – no caso em que se estabeleça que "o valor do bem é desproporcional ao rendimento legítimo da pessoa condenada" – à "plena convicção" de que "o bem em questão seja o provento de atividades criminosas da mesma pessoa", e isso "com base em fatos circunstanciados"; fatos (e acertamentos) que deveriam ser, pois, diferentes do dado histórico da precedente condenação e da acertada desproporção do bem face ao rendimento legítimo. Pareceria disso derivar, decididamente, uma indicação restritiva em ordem à pertinência cronológica dos bens objeto de "confisco alargado" e o crime cometido, além de uma expressa subordinação da medida ablativa ao convencimento pleno da proveniência delituosa ao ver do juiz, e com base em precisos dados factuais.

115. A respeito, remete-se a C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale*, in [www.penalecontemporaneo.it.]; V. PLANTAMURA, Responsabilità individuali e degli enti nel d. lgs. 7 luglio 2011, n. 121 di attuazione delle direttive europee sulla tutela penale dell'ambiente, in *RTDPE*, 2011, p. 477 e ss., e 479 e ss.; L. SIRACUSA, *L'attuazione della direttiva europea sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale*, in [www.penalecontemporaneo.it].

116. Ao revés, o novo art. 727-*bis*, c.p. recebeu holograficamente a cláusula de exiguidade voltada a excluir o crime de "morte, destruição, captura, prelievo, detenção de exem-

Com efeito, mesmo se as obrigações comunitárias contidas nas citadas diretivas – não diversamente do que geralmente ocorre – fixam somente um *minimum standard* de tutela, derrogável pelo Estado nacional que entenda dispor de uma tutela mais avançada e/ou severa,[117] em ambos os casos citados a normativa UE pareceria reclamar uma hermenêutica "ofensivizante" voltada a neutralizar aplicações formalistas, em uma perspectiva convergente com as instâncias do princípio da necessária lesividade.

Se, portanto, da constelação das fontes "eurounitárias" podem-se tirar significativos exemplos, está claro, por outro lado, que a observação privilegiada sobre as interpretações com efeitos *in bonam partem* será oferecida pelas decisões da Corte EDH, cujo desejo mais precioso não está só no "superação constitucional" que as mais recentes orientações testemunham na extensão aplicativa das garantias em matéria penal, mas na irradiação e na consequente vascularização do conteúdo valorativo das garantias mesmas em um conjunto de casos concretos que permitem iluminar os aspectos mais intersticial, aspectos talvez deixados na sombra na aplicação domestica dos correspondentes princípios.[118]

De resto, é graças à "função prismática" da jurisprudência de Estrasburgo que são levantadas, pela via interpretativa, as cotações garantistas do *confisco*

---

plares de espécies animais ou vegetais selvagens protegidos" nos casos "em que a ação vise a uma quantidade negligenciável de tais exemplares e tenha um impacto negligenciável sobre o estado de conservação da espécie" (art. 3, al. "f", Diretiva 2008/99/CE).

117. Veja-se, a respeito, o considerando n. 12 da Diretiva 2008/99/CE.

118. Um claro exemplo é oferecido, agudamente, por P. GAETA, *"Controllo di convenzionalità" e poteri del giudice nazionale* cit., p. 15 e ss., e 18 e s., com referência à regra segundo a qual o princípio do contraditório se estende "a toda questão que se atenha à valoração jurídica do fato praticado", regra já potencialmente expressada no art. 111 da Constituição e entretanto "extrapolada e aplicada à problemática da correlação entre acusação e defesa" pela sentença da Corte Europeia no caso *Drassich* (Corte EU, 11.02.2007, *Drassich c. Italia*), ao depois recebida pela Cassação (Cass., Seção VI, 12.11.2008, *Drassich*, Rv. 241754); um exemplo ulterior – para além da divisibilidade da solução jurídica no caso concreto – pode ser visto na decisão do Tribunal de Vigilância de Lecce (09.062011, juiz Tarantino, in [www.penalecontemporaneo.it]), que reconheceu o direito ao ressarcimento do dano não patrimonial (*ex* art. 2059, c.c.) ao detido que tenha cumprido pena em estado de superlotação, partindo – em essência – de uma releitura do art. 27, par. 3.º, Constituição, "amplificada" à luz das orientações da Corte Europeia sobre o art. 3 da Convenção EDH (p. ex. Corte EDH 16.07.2009, *Sulejmanovic* c. Italia). Sobre a decisão do juiz salentino, cfr. as observações de V. FANCHIOTTI, *Glocalizing prisoner's rights*: dalla California alla Puglia, in *Dir. proc. pen.*, n. 1/2012, p. 118 e ss.

*por equivalente*, assim como diversas outras tipologias especiais de confisco inseridas nos contextos mais díspares, e já desmascaradas em seus conteúdos de aflitividade, que precisamente as inscrevem no vasto terreno da "matéria penal" segundo os estabelecimentos da Corte Europeia: todos os casos em que a obrigação de *interpretação conforme* vincula o juiz, que deverá observá-lo – como se viu – sob pena de inadmissibilidade da questão,[119] salvo o limite fixado a respeito da *littera legis* ou do direito vivente.[120]

O verdadeiro aspecto problemático, sob este ângulo, concerne à utilização dos precedentes da Corte Europeia, e a necessária resposta em termos de "analogia" entre o caso objeto daquela decisão e o caso específico objeto do juízo doméstico, resposta que representa o pressuposto para proceder ao *judicial transplant*, importando o principio afirmado por Estrasburgo.[121]

A analogia contida entre os tipos em relevo foi, por exemplo, encontrada na decisão de ilegitimidade que incidiu sobre o regime intertemporal com que o legislador havia acompanhado a introdução do confisco (obrigatório) do automóvel para as hipóteses mais graves de condução em estado de embriaguez, julgando tal medida ablativa – para além das aparências e das "etiquetas" – substancialmente punitiva, e, portanto incompatível com o *tempus regit actum*.[122]

---

119. Conclui precisamente pela inadmissibilidade, em particular, a sentença 239 de 2009 cit., em matéria de confisco urbanístico.

120. Note-se, por outro lado, que o que o direito vivente representa, ao mesmo tempo, um limite à atividade interpretativa do juiz e um pressuposto para a remissão da questão è Corte das Leis; mas se o juiz singular, destacando-se de um direito vivente já em linha com a interpretação conforme, sobrepõe à Corte uma interpretação desconforme, a questão não é mais (apenas) inadmissível, mas manifestamente infundada "pela erroneidade do pressuposto interpretativo (assim, em particular, a ordenança 97 de 2009, em matéria de confisco por equivalente e crimes tributários.

121. Sobre o ponto, Corte Constitucional 239 de 2009, declarando a inadmissibilidade da questão, *inter alia*, com base em que "(...) a Corte remitente, para justificar a extrapolação, partindo do precedente específico da Corte de Estrasburgo, de um princípio de direito que pudesse constituir o fundamento da dúvida quanto à constitucionalidade, deveria ter argumentado de forma plausível a analogia entre o caso específico e aquele, não necessariamente idêntico, sobre o qual era chamada a julgar" (ponto 3 do *Considerato in diritto*).

122. É na já citada decisão Corte Constitucional 196 de 2010, em que – mantido impercorrível o caminho da interpretação corretiva em âmbito de inequívoca formulação legislativa – a declaração de (parcial) ilegitimidade acarretou o reclamo – contido na disposição impugnada – ao art. 240, c.p., e por seu turno às disposições do Código

Por outro lado, se tal pronunciamento confirma – uma vez mais – a impossibilidade de desaplicação direta da norma interna contrastante, ainda quando os efeitos sejam *in bonam partem*, o mesmo se deve dizer da possibilidade de aplicação direta da normativa da Convenção EDH,[123] de se negar também em face de eventuais lacunas assentadas.[124]

## 5. O JUIZ PENAL NA REDE "MULTINÍVEIS" DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: AINDA ENTRE INTERPRETAÇÃO CONFORME E DESAPLICAÇÃO

Acerca desses perfis tradicionais, sobre os quais emergem críticas tanto nas experimentações teóricas como nas aplicações práticas, um cenário ao menos em parte diverso abriu-se a partir dos "direitos fundamentais" de matrizes supranacionais, em cuja presença o juiz interno pode dever avaliar a norma doméstica, para aferir-lhe o respeito, a fricção ou a frontal conflitude.

É notável que o enredo e o desenvolvimento dos direitos fundamentais em sede supranacional é hoje confiado à sinergia de diversos instrumentos de tutela – as várias Cartas dos direitos, e, onde presentes, as correspondentes Cortes – e à contaminação virtuosa que, no *network* multinível, mantém constante-

---

Penal que estabelecem a retroatividade das medidas de segurança (sobre a decisão, V. MANES, La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette", in *Cass. pen.*, 2011, p. 76 e ss.).

123. Cfr. ainda, sobre o ponto, as observações de P. GAETA, *Controllo di convenzionalità e poteri del giudice nazionale* cit., p. 25 e ss., a par da decisão da Cassação atinente ao "caso Scoppola" (Cass., Seção V, sentença 28.04.2010, n. 16507, que resolveu o contraste evidenciado pela sentença da Corte EDH, 17.09.2009, *Scoppola c. Italia*, aplicando o art. 625-*bis*, c.p.p.), considerando a solução definida pela Suprema Corte "correta do ponto di vista lógico (...), econômica (...) e 'justa' na sua calibração axiológica", e não obstante "de dúbio fundamento normativo", e em conclusão "(...) um autêntico exercício de *Freirecht* também em sede de legitimidade" (p. 33).

124. Diversamente, a respeito, F. VIGANÒ, Fonti europee e ordinamento italiano, in: _____; O. MAZZA, *Europa e giustizia penale* cit., 4 ss., 18, partindo da consideração acerca da qual a Convenção EDH e os relativos protocolos adicionais foram "incorporados no direito interno através da cláusula de 'plena e inteira execução' contida na respectiva lei de autorização à ratificação", e chegando a concluir que tais normas assumiriam "a mesma força da lei de autorização à ratificação, ou seja, (...) a força de lei ordinária", resultando, "como tais, (...) diretamente aplicáveis por parte do juiz italiano" [a respeito, cfr. também ID., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme* cit., p. 623, assinalando algum "pronunciamento fortemente 'criativo' acerca dos dados normativos vigentes, que inescrupulosamente combinaram *interpretação conforme à Convenção EDH* e a vigente normativa processual à *direta applicação das normas CEDH* (...)"].

mente em contato – *inter alia* – os princípios enunciados em disposição do Tratado UE (TFUE) e da Carta de Nizza, as disposições da Convenção EDH, as respectivas declinações jurisprudenciais de Luxemburgo ou de Estrasburgo; uma sinergia que utiliza como borda conceitual também categorias como "os princípios gerais do direito comunitário" ou as "tradições constitucionais comuns" aos singulares países-membros, ou seja, categorias que conferem adicional elasticidade ao sistema, evitando a "cristalização" e garantindo uma constante evolução.[125]

Os desenvolvimentos recentes, do ponto de vista penalístico, registraram, todavia ao menos duas evoluções importantes, efeito das modificações introduzidas com o Tratado de Lisboa (que entrou em vigor em 01.12.2009) e com a reforma do art. 6 do TUE, modificado "em uma inequívoca perspectiva de reforço de mecanismos de proteção dos direitos fundamentais".

Por um lado, a "tratatização" da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que agora "possui o mesmo valor jurídico dos tratados" (art. 6, par. 1, TUE), e que, destarte, migrou do terreno da interpretação para o da plena e direta aplicabilidade;[126] por outro, a (prevista) adesão da UE à Convenção EDH (art. 6, par. 2, TUE), que pôs sob diversa luz – segundo uma perspectiva teórica não desprovida de eco na jurisprudência de mérito – a incorporação das disposições da Convenção EDH no núcleo dos direitos "constitucionais" da União,[127] consequentemente repondo em discussão – no plano interno – a colocação deles no sistema das fontes como "normas interpostas".[128]

Se esse último aspecto foi diretamente e profundamente indagado pela sentença 80 de 2011 da Corte Constitucional, que com exemplar força argumen-

---

125. Veja-se a substancial síntese de A. CARDONE, Diritti fondamentali (tutela multilivello dei), in *Enc. dir.*, Annali 2010, Milano, IV, p. 335 e ss.

126. Para um exame amplo remete-se a S. MANACORDA, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?, in VV.AA., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento nazionale italiano* cit., p. 147 e ss., e 158 e ss. (e também in *Studi in onore di Mario Romano* cit., vol. IV, p. 2373 e ss.).

127. A respeito, sob o ângulo penalístico, C. SOTIS, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario, in VV.AA., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano* cit., p. 109 e ss., e 138 e ss.

128. A esse respeito, o art. 6, par. 3, TUE, em prosseguimento à precedente formulação (do anterior art. 6, par. 2, TUE, na versão pré-Lisboa), confirma que "os direitos fundamentais, garantidos pela Convenção Europeia pela salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais e resultantes das tradições constitucionais comuns, fazem parte da União *como princípios gerais*" (destaque nosso).

tativa excluiu *ao estado atual* a tese da reputada "comunitarização" da Convenção EDH e o corolário da sua direta aplicabilidade,[129] a segunda problemática foi menos explorada na perspectiva penalística, apesar de suas demandas parecerem sempre mais urgentes e demandantes.[130]

Tendo em vista que a "incorporação" da Carta consente aplicarem-se, ao menos em linha de princípio, todos os instrumentos de resoluções dos eventuais conflitos com a norma interna – seja a "interpretação conforme", não obstante já plenamente experimentada também antes da sua inserção no Tratado,[131] seja, pois, a desaplicação – exsurgem ao menos duas expressivas problemáticas: a primeira concerne ao exato âmbito de aplicabilidade da Carta, e, portanto a margem de operatividade dos mecanismos de resolução das antinomias que se lhe referem, a segunda concerne aos pressupostos e limites nos quais, a respeito de um direito fundamental, podem ser efetivos instrumentos como a desaplicação da norma interna.

Sob o primeiro aspecto – após os nítidos limites traçados ainda pela sentença 80 de 2011, que excluiu a aplicabilidade da Carta a normas nacionais privadas de qualquer ligação com o direito da UE[132] – emerge em toda a sua

129. Cfr. Corte Constitucional 80 de 2011, §§ 5 e ss. (e especialmente §§ 5.3 e ss.) do *Considerato in diritto*, de um lado, considerando a instituição relativa à (prevista) adesão da UE à Convenção EDH "ainda improdutiva de efeitos", dependendo "das específicas modalidades com as quais a adesão será realizada"; de outro, reiterando – à luz de uma rigorosa exegese das modificações aportadas ao art. 6, par. 3, TUE, a respeito da precedente formulação – que "restam (...) de todo válidas as considerações realizadas por esta Corte em relação à disciplina anterior, concernente à impossibilidade, nas matérias em que não seja aplicável o direito da União (...), de fazer derivar a referibilidade à Convenção EDH desde o art. 11 da Constituição a partir da qualificação dos direitos fundamentais nela reconhecidos como 'princípios gerais' do direito comunitário (hoje, do direito da União)", e confirmando, portanto, em particular, que "os princípios em questão relevam unicamente em relação aos tipos a que o direito comunitário é aplicável, e não também àqueles regulados pela só normativa nacional" (sobre a fundamental decisão, remete-se a A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in [www.forumcostituzionale.it]).

130. Trouxe imediatamente à luz a inquietante atualidade do problema F. PALAZZO, Europa e diritto penale: i nodi al pettine, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 657 e ss.

131. Cfr. ainda S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* cit., p. 151 e s.

132. Em particular, a sentença 80 de 2011, após haver confirmado o relevo das normas CEDH somente como "princípios gerais" do direito comunitário (hoje, direito UE), e, portanto a sua incidência unicamente em relação aos tipos a que tal direito é aplicável, manteve-se análoga posição também com referência à Carta dos direitos fundamentais, excluindo "com toda evidência" – à luz de expressa instituição do Tratado

seriedade a respeito da transversalidade dos direitos fundamentais e da sua vocação ubiquitária, que lhes confere pouca inclinação para serem confinadas exclusivamente no campo de aplicação da normativa UE *self-executing* e do direito transpositivo de obrigações comunitárias, e propensos, ao revés, a vascularizarem-se no inteiro tecido normativo do ordenamento jurídico "integrado"; o fato da diretiva repatriados, ao menos na sua perspectiva inicial, de resto demonstrou a potencialidade ubiquitária dos *fundamental rights*,[133] mesmo que a solução afirmada pela Corte de Justiça, na mencionada sentença *El Dridi*, tenha seguido um caminho claramente divergente, negando que a razão da desaplicação dos tipos penais internos em matéria de imigração fosse radicada no contraste com os direitos dos imigrantes, centrando-a, ao contrário, sobre a frustração do "efeito útil" da diretiva europeia.[134]

Desde este ponto de vista, de resto, a determinação da operatividade da Carta dos Direitos da UE ao seu próprio "campo de jogo" institucional, parece

---

a respeito (art. 6, par. 1, al. 1, TUE; art. 51 da mesma Carta) – que ela "constitua um instrumento de tutela dos direitos fundamentais além das competências da União Europeia, como, de resto, vem reiteradamente afirmando a Corte de Justiça, seja antes (...) ou depois da entrada em vigor do Tratado de Lisboa (...)", e chegando à conclusão de que "pressuposto de aplicabilidade da Carta de Nizza é, pois, que o tipo posto ao exame do juiz seja disciplinado pelo direito europeu – enquanto inerente aos atos da União, a atos e comportamentos nacionais que conferem atuação ao direito da União, ou às justificações adotadas por um Estado-membro por uma medida nacional de outro modo incompatível com o direito da União – e não desde normas nacionais destituídas de qualquer liame com tal direito".

133. Sob esta perspectiva, foi prontamente defrontada a indagação sobre se a disciplina penal italiana poderia não somente frustrar o "efeito útil" da diretiva, acabando por obstaculizar o objetivo de distanciamento do estrangeiro, retardando a execução dos repatriados; mas ainda, e, sobretudo, mais problematicamente, que a precípua opção punitiva italiana terminasse esmagando os direitos fundamentais dos sujeitos envolvidos – e assinaladamente a liberdade pessoal – impondo-lhes um sacrifício maior que o previsto pela normativa comunitária sobre os processos e garantias do repatriadoso (ou seja, a diversão administrativa, de adotar-se como extrema *ratio*, e com precisos limites temporais): a respeito, sobretudo, F. VIGANÒ; L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali* cit., p. 560 e ss.; ID., *Addio articolo 14* cit.

134. Aspecto precisamente ressaltado por A. DI MARTINO; R. RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo* cit., p. 9 e ss.; na mesma linha, em essência, também à luz da sucessiva decisão da CJUE, *Achughbabian*, considerações de L. D'AMBROSIO, *Se una notte d'inverno un... sans papier. La Corte di giustizia dichiara il reato d'ingresso e soggiorno irregolare conforme e non conforme alla 'direttiva repatriados'*, in [www.penalecontemporaneo.it], 2012, p. 14.

de qualquer forma não poder impedir o efeito de "contaminação cultural" que o reconhecimento de um certo princípio – de seu *ethos* ou até mesmo de um certo "nível de tutela" – pode haver sobre a configuração do mesmo princípio nas ulteriores âmbitos em que haja sido reconhecido e, assinaladamente, no âmbito constitucional interno. Para citar um exemplo, pode-se pensar ao princípio da proporcionalidade, expressamente inscrito no art. 49, par. 3, da Carta, e ao seu possível efeito sob o plano constitucional interno, em que o mesmo princípio – não obstante alguns desavisados da Corte em direção divergente – aparece ainda estritamente ligado ao panorama "originário" da racionalidade-igualdade, e a sua valorização necessariamente vinculada à resposta de um *tertium comparationis* que evidencie a violação ao art. 3 da Constituição:[135] um liame que poderia ser ao menos encorajado, precisamente pela reconhecida independência e autonomia – e pelo crescente "consenso europeu" – conquistadas pelo mesmo princípio no âmbito supranacional,[136] a prescindir do âmbito de pertinência da norma interna (e, pois, a prescindir da subjacência à operatividade da Carta di Nizza), à luz daquela *cross-fertili-*

135. Tanto que a apresentação de uma questão concernente à congruência de um determinado tratamento sancionatório, mesmo evidentemente desproporcional, é destinada a ser declarada manfiestamente infundada se o remetende a propõe à luz de um *tertium comparationis* julgado inconferente, sendo à Corte, de um lado, inibida qualquer modificação corretiva da (ainda que errônea) indicação da norma comparativa, assim como toda modificação do *thema decidendum*, e, de outro, preclusa qualquer margem de intervenção quando ausentes – nos termos da Corte Constitucional 22 de 2007 – "precisos pontos de riferimento que possam conduzir a substituições constitucionais compulsórias": cfr., p. ex., Corte Const. 240 de 2011, que declarou a manifesta insustentabilidade da questão relativa à restrição excessiva da pena mínima a ser dada ao crime de sequestro de pessoas com o fim de extorsão (art. 630, c.p.), considerando de todo inconferente *il tertium comparationis* evocado pelo juiz *a quo*.

136. Em particular, a recente "cotação europeia", em plena convergência com os conteúdos do art. 27, par. 3.°, c.p., além de potenciar-lhe a função de cânone interpretativo, poderia alimentar um maior emprego como parâmetro de legitimidade constitucional, em uma base argumentativa em que a invocação ao *tertium comparationis* poderia assumir valor *sintomático* e não mais *fundante*: se, nas orientações da Corte Constitucional, o tipo em comparação é ainda hoje considerado essencial não apenas por significar a violação do art. 3 da Constituição, mas também ao fim de preencher de conteúdo a eventual decisão de ilegitimidade (identificando a normativa suscetível de ser chamada a reequilibrar a proporção), outras referências poderiam ser utilizadas não só como sintomas da desigualdade sancionatória, mas outrossim como eventuais molduras legais substituíveis para eliminar a eventual desproporção (p. ex., como já sugeriu em outra sede V. Napoleoni, as disposições gerais oferecidas pelos arts. 21 e ss., c.p.).

*zation* a que a Corte Constitucional italiana, de resto, demonstrou ser sensível em diversas ocasiões.[137]

Face ao segundo argumento, a problematicidade refere-se à *abstração* dos direitos fundamentais, da sua necessária graduabilidade e da sua abertura a valorações de proporcionalidade e adequação que deixam muito espaço para a "margem de apreciação" dos Estados-membros, complicando o silogismo que tradicionalmente provoca o poder/dever de desaplicação direta.[138]

Com efeito, como restou lucidamente evidenciado, a desaplicação direta parece pressupor um contraste "flagrante" entre normas dotadas de um mesmo grau de abstração, "capaz de fazer derivar em modo logicamente necessário e unívoco a contradição entre eles"; "mas este é um caso raro quando se trata de direitos fundamentais extraídos de uma substancial incidência constitucional. O conteúdo do direito fundamental, e sobretudo o seu necessário sopesamento com outros valores merecedores de consideração, muito raramente pode prescindir de uma obra de concretização dotada de grandes margens de apreciação que só a consolidação histórica e a competência institucional de órgãos a tal

137. Pense-se, p. ex., nas sentenças 393 e 394 de 2006 e 236 de 2011, e ao amplo reconhecimento operado no âmbito das várias Cartas de direitos e da jurisprudência europeia, para configurar o estatuto atual do princípio da *Lex mitior* (com remissão, em particular, ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, à Carta de Nizza, à jurisprudência da Corte de Justiça da UE, à CEDH e – na sentença 236 de 2011 – à jurisprudência da Corte EDH).

138. Veja-se como exemplo a outras vezes citada Corte Constitucional 227 de 2010, que – além de valorar o contraste com os arts. 11 e 117, par. 1.º, da Constituição – mensurou a normativa de atuação da decusão-quadro sobre o MAE também com a proibição de descriminação (antes previsto no art. 12, TCE e ora) previsto pelo art. 18, TFUE, encontrando ocasião para precisar "também sob esse aspecto é correto o recurso ao juiz das leis, desde o momento em que o contraste da norma com o princípio de não discriminação do art. 12 do Tratado CE, não é sempre por si suficiente a conferir a 'não aplicação' da conflitante norma interna por parte do juiz comum. Em verdade, a vedação em exame, como se dessume também da jurisprudência da Corte de Justiça, mesmo estando em linha de princípio de direta aplicação e eficácia, não é dotado de um escopo absoluto tal de fazer manter sempre e de qualquer forma incompatível a norma nacional que formalmente se lhe contraste. Ao legislador do Estado-membro, de fato, é consentido prever uma limitação à paridade de tratamento entre o próprio cidadão e o cidadão de outro Estado-membro, sob a condição de que seja proporcional e adequada, como, por exemplo, em um tipo como o que nos ocupa, a previsão de um racional limite temporal ao requisito de residência do cidadão de um Estado-membro diverso daquele de execução (...)".

apropriadamente devotados – trate-se dos legisladores ou da Corte Constitucional – podem legitimamente percorrer".[139]

Por certo, o desperdício poderia ser reduzido pelo diálogo com a Corte de Justiça;[140] mas esta – mesmo sob o prisma das liberdades econômicas – nem sempre oferece soluções unívocas ou peremptórias, deixando, não raro, significativas margens de valoração aos (juízes dos) Estados-membros (por meio de cláusulas gerais como a "ordem pública" etc.), e procedendo ao contrário a um *focusing* progressivo, potencialmente sem fim, como de resto ensina a própria experiência italiana dos jogos e apostas, em que a aplicação dos tipos passa através de um reenvio prejudicial múltiplo, prosseguido também após a primeira "ratificação" da solução desaplicativa por parte da Cassação.[141] E é presumível que uma análoga (se não maior) discricionariedade valorativa será mantida a respeito dos princípios cujo conteúdo preceptivo afigura-se *estruturalmente* mais graduável, como no precedente exemplo do princípio da proporção/proporcionalidade, em que a escolha do juiz ordinário doméstico poderia sempre ser destinada a não representar a "última palavra".[142]

---

139. Cfr. F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine* cit., p. 659 e s.: "Não que esta obra de concretização não possa remeter-se, em linha de princípio, interamente nas mãos do juiz comum, mas esta escolha é efetivamente de tipo constitucional porque a bem se ver envolve a opção entre modelo difuso ou concentrado de controle de legitimidade das leis. A bem se ver o vedadeiro nó problemático atualmente posto pelo novo assento europeu é propriamente este. Sem fechar os olhos antes a este gênero de transformações induzidas pela 'Europa do direito', uma possível linha de equilíbrio poderia ser aquela que – sem rigidez mas com prudência e discernimento – fundasse-se sobre a homogeneidade de grau de abstração das duas normas em contraste: onde equivalente e portanto unívoca a sua contradição, o juiz comum poderia desaplicar diretamente a norma interna incompatível; onde, ao revés, o grau de abstração da norma convencional fosse mais elevado e distante face à norma interna, e destante requerente de concretização de conteúdo, o juízo de incompatibilidade não poderia senão remeter-se a um órgão a isso precisamente legitimado. Um instrumento induvidosamente sofisticado, cuja boa gestão exigiria não apenas inteligência, mas também prudência e espírito de confiança recíproca".

140. Cfr., a respeito, G. GIUDICELLI; DELAGE; S. MANACORDA (orgs.), *Cour de justice et justice pénale en Europe*, Société de Législation comparée, Paris, 2010.

141. Oferece-lhe uma completa análise L. D'AMBROSIO, La disapplicazione dei divieti penali in materia di raccolta di scommesse. *Rien ne va plus?*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2009, p. 179 e ss.

142. A respeito, auspica ao revés uma utilização mais forte, efetivamente baseando-se sobre a obra de concretização da Corte de Justiça, F. VIGANÒ, Il diritto penale sostanziale, in F. VIGANÒ; O. MAZZA, *Europa e giustizia penale* cit., p. 22 e ss., e 25: "(...) Nas (já nu-

Definitivamente, a abertura a momentos de controle difuso – tipicamente pressupostos ao poder/dever de desaplicação – sobre o contraste entre direito penal e direitos fundamentais, em face de sua congênita *trasversalidade* e *abstração*, arrisca transferir ao juiz comum margens de valoração e de balanceamento vertiginosas, chamando-o a valorações axiológicas que, em nosso sistema, são institucionalmente remetidas ao controle concentrado de legitimidade: um controle que, de resto, aperfeiçoou os seus instrumentos na longa elaboração que lhe cumpriu para temperar um código penal autoritário com os direitos e as liberdades reconhecidas pela Constituição democrática, contendo-lhe as incrustações mais iliberais.

## 6. O JUIZ NA "MORSA" DAS FONTES SUPRANACIONAIS

O tema da *interpretação conforme* em matéria penal, de que aqui cuidamos, não se reduz exatamente aos tópicos acima evidenciados, nem às vertentes do direito da UE e do sistema CEDH, podendo interessar-lhe muitas outras fontes da "constelação pósnacional", como, de resto, demonstram – só a título de exemplo – as reiteradas referências à Convenção OCDE,[143] e como testemunha um trecho normativo que, a essa altura, parece destinado a envolver, *worldwide*, os intrumentos convencionais mais díspares, visto que as fontes nacionais e as mesmas fontes "europeias" são chamadas, cada vez mais, a se confrontar com medidas de vocação global.[144]

---

merosíssimas) matérias retomadas no âmbito de aplicação do direito UE, poderia de fato por-se a questão sobre se determinados quadros penais editados pelo legislador interno – na atuação do direito UE – não se afiguram 'desproporcionais' no sentido da Carta; com o efeito de abrir caminho para futuros reenvios prejudiciais por parte também dos juízes italianos, em relação à compatibilidade de tais quadros editados com o princípio posto pelo art. 49, par. 3, da Carta, e à sucessiva desaplicação dos mesmos quadros em caso de resposta negativa por parte da Corte".

143. Além das questões, já assinaladas, no tema de aplicabilidade das sanções interditivas para os entes (retro, nota 53), cfr. ora a exceção da ilegitimidade constitucional hipotetizada pela Procuradoria da República de Milão (por Dr. F. De Pasquale, publicada no [www.penalecontemporaneo.it]), sempre à luz da Convenção OCDE (e, portanto à luz do art. 117, par. 1.º, Constituição), com referência à vigente norma sobre o tema de interrupção e da duração máxima do prazo de prescrição do acusado de corrupção internacional (322-*bis*, c.p.).

144. É clara a prova do caso *Kadi*, em que a Corte da Justiça, com a sentença de 03.09.2008, causas reunidas C-402/05 P e C-415/05 P, foi chamada a ratificar a validade de um regulamento. Adotado para executar Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas em matéria de terrorismo, e o anulando para distinguir o contraste com

É certo que as duas vertentes aqui discorridas mais diretamente evidenciam um adicional e comum fator de complexidade, porque o juz interno é chamado com frequência a fornecer uma interpretação (do direito doméstico) orientada pela interpretação oferecida pelas respectivas Cortes, com as quais deve necessariamente procurar e encontrar sintonia, porque não se limita à persuasividade intrínseca, mas representa ao intérprete um *vínculo formal*.

Como se viu, a "dependência da interpretação sobre a interpretação" é clara no âmbito do direito comunitário, cuja Corte de Justiça – como já foi escrito[145] – aparenta-se agora o autêntico "oráculo dos Delfos" contemporâneo;[146] mas é igualmente clara sobre em face da Convenção EDH, em que – como observado – está a jurisprudência de Estrasburgo – bem distante de uma visão "originalista" – a oferecer o significado da Convenção como "*living instrument*",[147] significado ao qual o juiz interno deve escrupulosamente atender.

Se é possível se constatar a violência imposta ao juiz ordinário pelo "vínculo" de *stare decisis*, que arrisca transformá-lo da "boca da lei" na "*bouche de*

---

alguns princípios "constitucionais" comunitários sobre a pronúncia, S. CASSESE, *I tribunali di Babele* cit., p. 82 e ss., a qual se reenvia também para a ulterior bibliografia mencionada; cfr. novamente, M. E. GENNUSA; I. CANOR, Il caso Kadi in tema di sicurezza, in M. CARTABIA (ed.), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, p. 173 e ss.

145. O reenvio prejudicial da Corte da Justiça relembra a peregrinação que os cidadãos e governantes do mundo antigo realizavam ao Oráculo de Delfi para procurar de Apollo respostas adequadas ao problema que tinham controvérsias entre ausentes dos grandes negócios do Estado assim como nesse Oráculo, "centro de uma potente liga de cidade e lugares universais de homenagem, constituía uma importante força para a unidade entre as cidades-Estado da Grécia, assim a Corte de Justiça 'ajuda com as próprias decisões os juízes nacionais a resolverem cada tipo de problema contribuindo, ao mesmo tempo, ao avanço da influência do direito comunitário' (D. ANDERSON; M. DEMETRIOU, *Preface*, *References to the European Court*, London, 2002, cit. in T. GIOVANNETTI, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino, 2009, p. 68).

146. É emblemática, no que tange ao episódio da "diretiva repatriados" (retro, § 4.2.1, em particular nota 76, e § 5, notas 136 e 137), à margem da qual a decisão de Luxemburgo restabeceu ordens sobre uma autêntica "Babel jurisprudencial". A Corte de Justiça, por outro lado, foi novamente investida em questão proveniente de Lecce, ord. 22.09.2011, *Abdoul Khadre Mbaye*, Est. Rochira, [www.penalecontemporaneo.it].

147. P. ex., Corte EDH, 25.04.1978, *Tyler c. Regno Unito*; a Convenção é relativa, mais em particular, como um "instrumento vivo" da qual a interpretação deve ser "dinâmica e evolutiva" (Corte EDH, 11.07.2002, *Goodwin c. Regno Unito*), tendo como objetivo "a proteção de direitos não teóricos ou ilusórios, mas concretos e efetivos" (Corte EDH, 09.10.1979, *Airey c. Irlanda*).

*la Cour de Justice*" e, sempre mais, a "porta-voz da Corte de Estrasburgo",[148] afigura-se igualmente claro que a decisão europeia será frequentemente apenas uma meta intermediária, e não uma destinação alcançada.

Não tanto porque as indicações das Cortes europeias – não diversamente do oráculo délfico – são não raramente plurívocas, ou, de qualquer forma, gerais, deixando um mais ou menos amplo "campo de jogo" ao juiz a *quo* (e, muitas vezes, ao legislador nacional); quanto pelo fato de que as interpretações de Luxemburgo e de Estrasburgo serão sempre sujeitas aos filtros constitucionais internos. Se, de fato, o controle sobre a conformidade da interpretação da norma interna em respeito à norma supranacional é reinvindicado seja pela Corte da Justiça que pela Corte EDH,[149] à Corte Constitucional – mesmo aceitando o monopólio interpretativo das Cortes Europeias sobre as relativas fontes[150] – reserva-se o controle sobre a conformidade do êxito interpretativo ao assento dos princípios constitucionais (todos os principais e, em geral, as normas constitucionais, no caso da Convenção EDH;[151] somente os "contralimites", no caso do direito UE).

---

148. Observa-se, sobre o ponto, as alarmantes considerações de P. FERRUA, L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo, in *Processo penale e Giustizia*, 2011, p. 116 e ss.; mas também E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in [www.cortecostituzionale.it], p. 30; outrossim, P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.* cit., p. 13 e s. do impresso; mais em geral, sob o mesmo cargo da Corte EDH, observam-se também as fortes perplexidades "de sistema", de F. M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione* cit., p. 820.

149. Cfr. p. ex. Corte EDH, *Grande Chambre*, 29.03.2006, *Scordino c. Italia*, em que expressamente a Corte salienta a própria legitimidade para "verificar se do modo como o direito interno foi interpretado e aplicado produz efeitos conformes os princípios da Convenção, como interpretados pela jurisprudência".

150. Espécie com referência ao versante da Convenção EDH, em que foi expressamente referido que à Corte Constitucional "é precluso sindicar a interpretação da Convenção europeia fornecida pela Corte de Estrasburgo, cuja função foi atribuida pelo nosso país sem quaisquer reservas" (sentença 311 de 2009). O respeito à jusrisprudência da Corte EDH da parte da Corte Constitucional, de resto, foi confirmado em muitas recentes decisões (p. ex., n. 93, n. 187 e n. 196 de 2010 e n. 113 de 2011).

151. No âmbito CEDH, em particular, de um lado, reconhece-se certo vínculo – nos termos explicitados principalmente pelas "sentenças gêmeas" – às disposições da Convenção "no significado a eles atribuído pela Corte Europeia dos Direitos do Homem, especificamente instituída para dar essa interpretação e aplicação (...)" (cfr. Corte Constitucional 80 de 2011, § 2 do *Considerato in diritto*); de outro lado, todavia, reserva-se a valorar "se, assim interpretada, a norma da Convenção, a qual se coloca

Definitivamente, pareceria requerido ao juiz um processo interpretativo ainda mais complexo, e por assim dizer "trifásico", chamando-o a formular uma interpretação da disposição interna "comunitariamente" ou "convencionalmente" conforme porém (e sempre) costitucionalmente compatível;[152] uma vez que, caso contrário, a primeira não poderá ter cidadania no ordenamento doméstico.[153]

---

para sempre ao nível subconstitucional – põe-se eventualmente em conflito com outras normas Constitucionais" (cfr. Corte Constitucional 80 de 2011, sobre o rastro das precedentes decisões em termos, e assinaladamente os n. 348 e 349 de 2007, n. 39 de 2008, n. 311 e n. 317 de 2009), e, portanto de "valorar como e em que medida o produto da interpretação se insira no ordenamento constitucional italiano" (nesse sentido, Corte Constitucional 317 de 2009 e, por último, 303 de 2011, em que se afirmou que a Corte não pode prescindir da interpretação da Corte de Estrasburgo de uma disposição da CEDH, essa pode, não obstante, interpretá-la à sua volta, firme no respeito essencial à jurisprudência europeia formada a respeito, mas "com uma margem de apreciação e de adequação que permite ter-se em conta as peculiaridades do ordenamento jurídico em que a norma convencional destina-se a inserir-se" (sentença 311 de 2009, e, naquela seara, n. 236 de 2011) afirmando, no caso "excepcional" de contraste, "a inidoneidade da norma convencional para integrar o parâmetro considerado" (sobre o ponto, reenvio às estimulantes páginas de P. GAETA, *"Controllo di convenzionalità" e poteri del giudice nazionale* cit., p. 7 e ss.).

152. Para uma diversa posição, sobre o ponto, cfr. ainda P. GAETA, *"Controllo di convenzionalità" e poteri del giudice nazionale* cit., p. 12, considerando que o juiz ordinário, acerca do parâmetro interposto, possa "somente promover incidente de legittimidade qaundo non esteja convencido da compatibilidade do parâmetro mesmo com a Carta constitucional", sem poder promover uma leitura "constitucionalmente orentada" da norma CEDH.

153. Um caso discutido é o da decisão das Seções Unidas, 21.01.2010, n. 18288, a qual – com base na jurisprudência da Corte EDH que há tempos assevera a irretroatividade do *overruling* com efeitos *in malam partem* – no conceito de "novo elemento de direito", p. ex. art. 666, c.p.p. deve ser incluído também "a mutação jurisprudencial que assume, em seguida de uma intervenção das Seções Unidas desta Suprema Corte, caráter de estabilidade e integra o 'direito vivente', tanto mais se tal operação é funcional para garantir o respeito aos direitos fundamentais" (cfr. G. INSOLERA, Luci ed ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti, in *Studi in onore di Mario Romano* cit., vol. IV, p. 2351 e ss.). A respeito, há de fato quem viu nesta decisão uma interpretação convencionalmente conforme mas constitucionalmente incompatível, apontando como a inclusão do precedente judiciário entre as fontes do direito – expressamente realizada pela Cassação na decisão em comento – e a consequencial imposição a todos os juízes de adequar-se ao princípio de direito expresso pela sentença das Seções Unidas implicaria um fricção com o princípio de independência funcional interna dos juízes, estabelecido ao art. 101, par. 2, Cons-

Sob esse ponto de vista, pode-se também racionalmente prever que o diálogo (direto ou mediato) entre juiz ordinário e Cortes Europeias será a prótese de um diálogo mais estreito entre estas e a Corte Constitucional; mas o que é certo é que precisamente o juiz ordinário se encontra a essa altura em uma "morsa", e a sua atividade, ao centro de uma trama normativa sempre mais vorticosa,[154] em que cada passagem pode subentender um "erro" em grau até mesmo de comprometer – hoje – a estabilidade do julgado,[155] e talvez ainda dedesencadear – a direção da marcha parece já assinalada – a sua responsabilidade.

Estreito, também, entre a herança cultural do legado iluminista – os dogmas da completude e da autossuficiência do ordenamento jurídico e da exaustividade do saber do juiz (*iura novit curia*) – e o instrumental hermenêutico *varius, multiplex, multiformis,* desvelado da preparação fervilhante das fontes; um juiz que poderá sentir-se pressionado pela complexidade[156] e que será não raramente fascinado, talvez, pela tentação de agarrar-se a alguma *Grundnorm* e de tocar o topo dos valores,[157] na tentativa de evadir-se, como Ícaro, do labirinto penal.

---

tituição, uma vez que tal princípio, ao estatuir que os juízes são sujeitos somente à lei, exprime a exigência de que o juiz não receba senão da lei a indicação das regras a aplicar no juízo, e que nenhuma outra autoridade possa dar-lhe ordens ou sugestões acerca do modo de judicar em concreto. (nesse sentido F. BIONDI, *La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso "valore" della fonte del diritto scritto? Quando l'interpretazione conforme alla CEDU pone dei dubbi di costituzionalità*, in [www.osservatoriosullefonti.it]).

154. Cfr. ainda M. BIGNAMI, L'interpretazione del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali, in *Giur. cost.*, 2008, p. 604 e ss., o qual já evidenciava como o juiz vem a ser objeto "de um cerco à pinça", e aparente "novamente precipitado no caos institucional".

155. A referência é à "nova" causa de revisão introduzida pela Corte Constitucional 113 de 2011.

156. Visto que um juiz entre muitas leis, definitivamente, é um "juiz sem leis", retomando-se uma imagem proposta, *mutatis mutandis*, da N. IRTI, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere* cit., p. 123.

157. N. IRTI, *Diritto senza verità* cit., p. 65 e ss., e 68: "Os juízes sobem das normas legislativas a graus mais altos, normas constitucionais e normas europeias; e desde as normas tocam as extremidades dos *valores*. A compleção dos valores subjaz à compleção da lei. O juiz não diz mais a lei, mas diz *o direito*; e o direito é composto e embriagado de valores. Ainda aplicação, mas de direito e valores".

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A justiça penal na Itália: crise da legalidade e suplência judiciária, de Fausto Giunta – *RT* 791/447; e
- Tutela da liberdade pessoal e exigências processuais na jurisprudência da Corte Constitucional italiana, de Giulio Illuminati – *RBCCrim* 25/92.

60918

# O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA COMO INSTRUMENTO DELIMITADOR DA AUTORIA NOS CRIMES NEGLIGENTES PERPETRADOS PELOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE

2

*The principle of trust as a delimiting tool of authorship in negligent crimes carried out by health professionals*

**FERNANDA GONÇALVES GALHEGO MARTINS**

Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduada em Direito da Farmácia e do Medicamento pelo Instituto de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra e em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho. Advogada.

**ÁREA DO DIREITO:** Penal

**RESUMO:** O profissional de saúde, no contexto do exercício de suas funções, visto como centro de imputação jurídico-penal, suscita inúmeras questões decorrentes da possibilidade do questionamento e avaliação judicial de sua conduta *post factum* no que concerne a sua responsabilização por crimes culposos, sobretudo, em relações complexas em que vários profissionais atuem conjunta ou sucessivamente, em grau de dependência, cooperação ou hierarquia. Diante disto, é crucial a utilização de critérios delimitadores para a apuração da autoria, dentre os quais ganha relevo o princípio da confiança, o qual, embora não deva ser utilizado isoladamente, servirá de importante instrumento na apuração e valoração das condutas.

**ABSTRACT:** The health professional, in the course of his duties, seen as a center of criminal legal imputation, raises numerous questions which come from the possibility of questioning and judicial review of his *post factum* behavior regarding his liability for neglecting crimes, especially in complex relations in which several professionals work jointly or successively, in degrees of dependence, cooperation or hierarchy. Therefore, it is crucial to use delimiting criteria to determine the authorship, among which the principle of trust stands out; which even though should not be used alone, will serve as an important tool in the inquiry and valuation of behaviors.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade penal médica - Negligência do profissional de saúde - Princípio da confiança.

**KEYWORDS:** Criminal liability in medical practice - Negligence of the health professional - Principle of trust.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A responsabilidade penal dos profissionais de saúde nos crimes negligentes - 3. O princípio da confiança e a delimitação da autoria - 4. Considerações finais - 5. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O exercício da medicina pressupõe uma série de precauções necessárias ao resguardo da vida, da saúde, da integridade física, da dignidade e do direito à informação e à autodeterminação sobre o próprio corpo, de maneira a fornecer um tratamento adequado em consonância com as *leges artis*,[1] com os recursos técnicos disponíveis e com as circunstâncias individuais dos pacientes. Para tanto, a intervenção dos profissionais de saúde, seja sucessiva ou concorrente, ao acautelar através do ato médico, com ou sem fins terapêuticos, a vida e a saúde, deve manter sob observância a vontade do paciente, a qual para ser livre e consciente deve ser informada,[2] possibilitando o exercício do direito à autodeterminação.[3]

---

1. Seu conteúdo compreende as "regras e deveres que respeitam tanto ao diagnóstico e escolha da terapia (indicação médica) quanto à execução do tratamento ou intervenção médico-cirúrgica" (BRITO, Teresa Quintela de. Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano. 12. n. 3. p. 376) e pode ser buscado em publicações, bases de dados médicos e demais veículos utilizados pela categoria profissional para divulgar informações e esclarecer seus pares (MARTINS, Fernanda G. Galhego. *A responsabilidade penal do cirurgião plástico e a conduta do paciente*. Coimbra: Coimbra Ed./Grupo Wolters Kluwer, 2011. p. 81-82).

2. A informação necessária deve expor as alternativas diagnósticas, terapêuticas e prognósticas, salvo nos casos em que não haja indicação médica para a informação ou em situações de urgência "quando for impossível obter o consentimento real ou houver sério perigo na demora da sua obtenção" (ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico. Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 59), em que o recurso ao consentimento presumido viabiliza a "legitimação das intervenções e tratamentos mais urgentes e indispensáveis para salvaguardar a vida ou a saúde" (ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico – O consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano. 14. n. 1 e 2. p. 129). O direito ao acesso à informação, por outro lado, convive com o de não saber, cujo alcance e limites, embora careça de clarificação (ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico*... cit., p. 26), está associado ao fato de "a medicina contemporânea ter revelado uma

O desempenho da atividade médica, a ingerência exercida sobre a integridade física e a vida dos indivíduos submetidos aos cuidados profissionais – por

capacidade predictiva que não tem correspondência na sua capacidade curativa", assumindo relevância prático-jurídica "na direcção dos factos negativos – v.g., doença – que possam onerar de sombras ou de sofrimentos o presente e o futuro do paciente", porém as mesmas considerações não se sustentam para as revelações favoráveis, positivas para o paciente (idem, p. 25). Vale mencionar que, no Direito português, os arts. 150, 156 e 157 do Código Penal constituem a base do regime jurídico-penal médico-terapêutico, cujos elementos permitem afastar a incidência do crime de ofensas corporais e, por essa via, determinar com maior segurança o tratamento a ser conferido ao profissional de saúde e os direitos dos pacientes. Para ilustrar o afirmado, uma vez que no ordenamento jurídico-penal brasileiro não há dispositivos nesse sentido, cumpre transcrever os citados artigos: "Artigo 150.º
Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos
1 – As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.
2 – As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal" (Lei 59/2007, com as alterações subsequentes).
"Artigo 156.º
Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários
1 – As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.
2 – O facto não é punível quando o consentimento:
a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou
b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e
não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.
3 – Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.
4 – O procedimento criminal depende de queixa". (Lei 59/2007, com as alterações subsequentes).

3. Esta confere ao paciente o direito a "não ter uma vontade extrínseca imposta sobre si, lhe permite determinar-se de acordo com a própria vontade" (COSTA, Breno Rego

mais diligentes que sejam os indivíduos envolvidos – levam consigo riscos que lhe são inerentes. Dentre esses, a série de variáveis a que está sujeita a ciência médica – v.g., decorrentes do *feedback* apresentado pelo paciente ao tratamento empregue e da evolução das patologias – e o uso de instrumentos cortantes e perfurantes e de agentes químicos e físicos denotam não somente alguns dos perigos suportados devido à utilidade social representada pela atividade, mas, principalmente, a necessidade de afastar qualquer tentativa de sinonimizar o resultado infausto à negligência penal.

Obviamente, não seria possível afirmar que os prejuízos na saúde do paciente geram imediata responsabilidade penal, uma vez que a valoração da conduta do profissional deve ser feita considerando, entre outros fatores gerais, as reais condições – temporais, pessoais, técnico-materiais e as circunstâncias do atendimento – afetas ao caso e o estado de evolução da ciência médica à época dos fatos, que podem não apresentar soluções para o paciente concreto. Da mesma forma, o simples erro do profissional de saúde tampouco seria capaz de ensejar consequentemente uma conduta penalmente relevante, pois nem sempre causará dano para o paciente e/ou ocasionará uma prática tipicamente ilícita.

Entretanto, o *error artis*, por exemplo, com inobservância da *leges artis*,[4] se mostra susceptível a gerar a responsabilização penal caso dele derive uma ofensa no corpo, na saúde ou na vida do paciente.[5] Importa para distinguir o simples erro procedimental sem relevância penal de um crime negligente, não olvidar a premissa de que esse último pressupõe "a violação de um dever objetivo de cuidado, a possibilidade objetiva de prever o preenchimento do

---

Pinto Rodrigues da. *Autonomia, saúde e constituição – Um olhar sobre os internamentos obrigatórios de portadores de doenças infecciosas no ordenamento constitucional brasileiro e português*. Coimbra: Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra, 2007. p. 119 (originalmente apresentado como tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito de Coimbra da Universidade de Coimbra).

4. Atos médicos conduzidos conforme o conjunto de regras recomendadas pela ciência, pela técnica e pelos cuidados gerais resultantes da experiência (regulamentados ou não) e indicadores do modo tecnicamente mais recomendável e diligente para a prestação dos cuidados (GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal português anotado e comentado – Legislação complementar*. 18. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 577).

5. No mesmo sentido, Figueiredo Dias assevera que "se, pois, do error artis não derivar uma ofensa no corpo ou na saúde do paciente, a conduta do médico não será, por causa daquele erro, criminalmente punível" (DIAS, Jorge de Figueiredo. Responsabilidade médica em Portugal. *Boletim do Ministério da Justiça* 332/73).

tipo e a produção do resultado típico quando este surja como conseqüência da criação ou potenciação, pelo agente, de um risco proibido de ocorrência do resultado".[6]

A complexidade da análise desses fatores, transpassados para a realidade médica, se mostra ainda mais delicada no seio das atividades desenvolvidas por profissionais de saúde integrantes de uma mesma equipe ou, mesmo, de diferentes que se auxiliem ou substituam no decorrer de determinadas intervenções médico-cirúrgicas; bem como nas atividades que dependam de terceiros ligados à área da saúde, tais como outros médicos de especialidade diversa ou o pessoal de apoio, v.g., enfermeiras e técnicos responsáveis pelas análises laboratoriais. Diametralmente, tais circunstâncias impõem a tarefa de delimitar a responsabilidade penal dos profissionais de saúde nos delitos negligentes em que vários sujeitos tenham intervindo no tratamento, utilizando, como instrumento de limitação à responsabilidade penal, o princípio da confiança, o qual, conforme será visto, não deve ser utilizado isoladamente, mas servirá de importante instrumento na apuração e valoração das condutas.

## 2. A RESPONSABILIDADE PENAL DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE NOS CRIMES NEGLIGENTES

Nos crimes negligentes,[7] em linhas gerais, o comportamento ilícito se desenvolve a partir da omissão de um dever de diligência exigido, no caso concreto,[8] criando um risco não permitido que concretize um tipo penal. É ainda necessário que o agente, segundo seus conhecimentos e capacidades pessoais, esteja em condições de prestar o cuidado devido – "o cuidado necessário no tráfico"[9]

6. CAEIRO, Pedro; SANTOS, Claudia. Negligência inconsciente tipo-de-ilícito negligente – Unidade criminosa e concurso de crimes – Princípio da culpa. Acórdão da relação de Coimbra de 06.04.1995. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano. 6. n. 1. p. 135. Em antagonismo com o conceito do risco proibido, o permitido abrange condutas que em si mesmas são portadoras de perigo para bens jurídicos tutelados penalmente (criadoras de um risco relevante), mas são permitidas de um modo geral pela ordem jurídica, dada a sua utilidade social.

7. Nas palavras do Código Penal pátrio, leia-se culposos.

8. CORREIA, Eduardo. *Direito criminal. Aspectos fundamentas da problemática do direito criminal*. Coimbra: Ed. do Autor, 1975. p. 233.

9. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – Parte geral – Questões fundamentais a doutrina geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. p. 871. t. I.

– embora não o faça; e que o resultado fosse previsível e evitável para o homem prudente colocado nas mesmas condições do agente.[10]

Nos termos da lição de Figueiredo Dias, a violação do cuidado devido, como elemento do tipo negligente,[11] diz respeito à "violação de exigências de comportamento em geral obrigatórias cujo cumprimento o direito requer, na situação concreta respectiva, para evitar realizações não dolosas de um tipo objectivo de ilícito".[12] A partir da análise da previsibilidade e da evitabilidade do resultado para o *homem prudente*, concebido como um sujeito "dotado das capacidades que detém o 'homem médio' pertencente à categoria intelectual e social e ao círculo de vida do agente",[13] pode ser aferida a presença de condições fáticas que possibilitariam ao agente prestar o cuidado objetivamente devido.

Na comparação entre o modelo médio comportamental e a concreta atuação do agente, a figura-padrão para determinar o dever objetivo de cuidado deve levar em consideração a situação concreta em que se encontrava o agente,[14] tomando como baremo o profissional médio, consciencioso, cuidadoso, do mesmo âmbito de especialização e colocado em iguais condições com a situação verificada pelo sujeito.[15] Dessa forma, a determinação do dever de cuidado dependerá de "cómo se habría comportado en la situación concreta una persona consciente y cuidadosa perteneciente al sector del tráfico del sujeto".[16]

Os deveres de cuidado exigíveis irão diferir conforme a profissão, as atividades sociais e as situações concretas perante as quais os indivíduos são postos; sendo assim, o modelo adotado será diferenciado conforme o círculo de atividade-

10. Apela-se à figura do "homem médio", cujas capacidades servem como critério objetivo e generalizador para a aferição da conduta do agente, para densificar o que se considera previsível e evitável.

11. Teresa Quintela de Brito sinaliza que uma questão pertinente em sede de negligência é a "determinação do padrão por que se afere a violação do dever de cuidado, para efeitos de realização do tipo de crime". (BRITO, Teresa Quintela de. Op. cit., p. 393).

12. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., p. 870.

13. Idem, p. 864.

14. SANTANA, Selma Pereira de. *Negligência grosseira. A sua autonomia material*. Lisboa: Quid Juris, 2005. p. 146.

15. MARTINS, Fernanda G. Galhego. Op. cit., p. 125.

16. ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Traducción a la 2. Edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Días y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 1009.

de em questão.[17] Há de clarificar, no entanto, que a atuação de quem não desenvolva atitudes extraordinárias, insuscetíveis de submissão ao seu correspondente grupo profissional, não será considerada violadora do dever de cuidado.[18]

É necessário indagar se, de acordo com as capacidades do indivíduo, inteligência, formação, experiência de vida e posição social, o mandado geral de cuidado e previsão poderia ser cumprido.[19] Para tanto, como já mencionava Eduardo Correia, é necessário ter em mente que para além "do respeito devido ao dever objectivo de cuidado exigível no caso concreto", não se pode conceber a negligência.[20]

Como a medida do cuidado exigido não é taxativamente precisada pela norma penal – nem poderia ser –, ao levar a cabo a tarefa de determinar o âmbito desse elemento do injusto imprudente, o intérprete deverá avaliar o cuidado considerado necessário e compará-lo com a ação/omissão desenvolvida, para, assim, verificar a correspondência entre ambos. Diante dessas premissas, a medida do dever de cuidado objetivamente devido identificar-se-á com o necessário para evitar *mediante um querer correto* a realização do tipo.[21] Importa verificar a eventual divergência entre a conduta realizada e a que deveria ter sido desenvolvida em virtude do dever de cuidado que objetivamente era necessário observar e cuja atenção seria possível a qualquer pessoa situada nas mesmas circunstâncias do autor.[22] Nessa perspectiva, a "diligência objetiva" a ser respeitada pelo agente consiste "no comportamento adequado a evitar as possíveis consequências perigosas" para os bens jurídicos que possam advir da sua conduta.[23]

---

17. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 361.
18. No concernente às capacidades superiores à média, Roxin e Figueiredo Dias defendem que devam ser consideradas para a configuração do ilícito, enquanto as inferiores à média não podem relevar ao nível do tipo de ilícito, no sentido de excluir a tipicidade, mas só ao nível da culpa (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 1017; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., p. 871-874).
19. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*... cit., p. 354.
20. CORREIA, Eduardo. Op. cit., p. 234.
21. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal parte general*. 4. ed. rev. e ampl. Trad. Dr. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 524.
22. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal parte general*. 6. ed. rev. e atual. Valencia: Tirant lo Banch, 2004. p. 284.
23. SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português. Parte geral II*. 2. ed. Lisboa: Verbo, 2005. p. 190.

Entre a violação do dever objetivo de cuidado e a produção do resultado deve existir uma relação de determinação, que conduz, como elucidado por Muñoz Conde e García Arán, à assertiva de que o desvalor da ação (a conduta imprudente) não é suficiente para determinar uma sanção penal, sendo necessária a sua conexão com o desvalor do resultado – produção do resultado proibido.[24] A referência à objetividade importa, nessa ordem de ideias, para a determinação de "cuál es el cuidado requerido en la vida de relación social respecto a la realización de una conducta determinada"[25] ou, especificamente, o "modelo objetivo de comportamiento que el ordenamiento exige para salvaguardar los bienes jurídicos penalmente protegidos cuando se hallan inmersos en una situación de riesgo",[26] assim, o comportamento realizado em sua conformidade não será considerado típico.

A determinação do dever de cuidado se faz, num primeiro momento, de acordo com as medidas de precaução que devem ser adotadas para o início e desenvolvimento da atividade concreta, conforme as regras gerais de experiência. Pode-se falar de um *dever de cuidado interno* que obriga a advertir a presença do perigo em toda a sua gravidade e no *dever de cuidado externo*, consistente na obrigação de se comportar e atuar dentro dos limites dos riscos permitidos.[27]

A previsibilidade do risco em atenção às condições em que se desenvolve a ação e à possibilidade de afetação do bem jurídico – "determinada de acordo com as regras gerais da experiência dos homens, ou de certo tipo profissional de homem"[28] – possibilita ao agente condicionar sua conduta de forma a se man-

---

24. "El desvalor de la acción (la conducta imprudente) no es, por sí, suficiente para determinar una sanción penal, sino que es preciso, además, que se conecte con el desvalor del resultado (la producción de un resultado prohibido)". MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal parte general*. 6. ed. rev. e atual. Valencia: Tirant lo Banch, 2004. p. 288.

25. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., p. 285.

26. GARCÍA RIVAS, Nicolás. La imprudencia profesional: una especie a extinguir. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (dir.). *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: libro homenage al Profesor Doctor Don Angel Torío López*. Granada: Comares, 1999. p. 377.

27. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. *La responsabilidad del médico y del sanitario*. 3. ed. atual. e adaptada ao Código Penal de 1995. Madrid: Colex, 1997. p. 38-39.

28. CORREIA, Eduardo. *Direito criminal I*. reimp. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 426.

ter dentro da esfera permitida,[29] ao mantê-la adequada a tais parâmetros.[30] Da vertente externa deriva o dever do cirurgião atuar prudentemente em situações perigosas ou, ainda, de não fazê-lo quando não tenha condições para tal – o que importará para a negligência na assunção[31] – e a sua realização suponha a referida omissão do cuidado, consequentemente, viabilizando que o profissional tome as medidas necessárias para evitar o resultado lesivo não pretendido.[32]

Ainda que não reste dúvida acerca da dificuldade de atribuir ao ato médico um controle absoluto sobre o resultado da ação praticada, a valoração da conduta do agente de saúde deve apreciar, com todo o cuidado que a complexidade da posterior avaliação da conduta profissional demanda, se a prática desenvolvida encontra relação com a obrigação de fornecer os meios necessários ao tratamento,[33] com prudência, diligência e perícia, de acordo com a *leges artis* e

29. SOTO NIETO, Francisco. Responsabilidad penal derivada de la responsabilidad medica. In: MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis; LORENZO Y MONTERO, Ricardo de. *Derecho médico tratado de derecho sanitario – Doctrina. Jurisprudencia del tribunal constitucional*. Madrid: Colex, 2001. t. I, p. 961.

30. "A previsibilidade do facto criminoso condiciona o dever objectivo de cuidado, pois, quem não pode prever não tem a seu cargo o dever de cuidado e não pode violá-lo" (SILVA, Germano Marques da. Op. cit., p. 193).

31. Roxin alerta que "quien pretende emprender algo que probablemente ponga en peligro bienes jurídicos y no es capaz de hacer frente a los peligros debido a insuficiencias físicas o por falta de práctica o habilidad, debe omitir la conducta; en caso contrario existe ya en el emprendimiento o asunción de la actividad una imprudencia (la llamada provocación culpable por emprendimiento o asunción)". (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 1010). No último caso, a aceitação da atividade já constitui "uma contradição com o dever de cuidado referido ao tipo que será preenchido" (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*... cit., p. 363), o que leva à "antecipação do ponto temporal para a conexão do juízo de culpa negligente" na medida em que o agente, apesar de conhecer ou dever conhecer o risco passível de ser desencadeado pela sua conduta, aceita desempenhar uma atividade para a qual não se encontra intelectual, física ou psicologicamente apto (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., p. 880).

32. MARTINS, Fernanda G. Galhego. Op. cit., p. 125.

33. Os profissionais de saúde assumem a obrigação de diligenciar em prol de um tratamento adequado e embora seja, em regra, a atividade médica uma obrigação de meio (DANTAS, Eduardo. A responsabilidade civil do cirurgião plástico. A cirurgia plástica como obrigação de meio. Lex Medicinae *Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. ano. 4. n. 7. p. 69), muita discussão ainda cerca a doutrina quanto ao enquadramento de determinadas práticas como tal ou como obrigação de resultado, como é o caso da cirurgia plástica estética, não competindo, nos limites desse ensaio a análise da questão.

a série de variantes – tais como as características pessoais de cada paciente, a possibilidade de escolha dos meios de diagnóstico, de tratamento, do método e da tecnologia – que lhe afetam. Sob esta perspectiva, a análise do tipo negligente impõe – além da necessidade de estabelecer os parâmetros para a valoração das condutas, a medida de referência do *homem prudente* dentre seus pares, os critérios para se determinar quando se dá a violação do dever de cuidado e a previsibilidade do resultado danoso – a delimitação da autoria das condutas quando na terapia empregue participem vários sujeitos afetos às atividades médicas.

Isso porque, embora o autor, nos crimes negligentes, seja aquele (todo aquele) que, com a sua atuação violadora do cuidado imposto, cria ou potencia um perigo proibido que se concretiza no resultado (na realização) típico (a); a possibilidade da coautoria não poderá ser admitida da mesma forma que fora dimensionada para os crimes dolosos, ou seja, como decisão conjunta dirigida à realização do tipo. Não seria possível falar em coautoria, mas poderia aventar-se a ocorrência de um comportamento negligente conjunto[34] ao verificar a criação ou potenciação conjunta de um risco não permitido que se exprime na realização típica, ou ainda em autoria paralela, quando vários participantes, independentemente uns dos outros, produzem o mesmo resultado típico nos termos do ilícito negligente.[35]

Todavia, as possibilidades apresentadas nem sempre serão capazes de dar uma resposta adequada ao caso concreto, cabendo questionar se e de que forma a intervenção plural pode modificar a imputação individual nas ações em que participem uma multiplicidade de pessoas[36] – como ocorre nas atividades desenvolvidas por profissionais de saúde conjunta (por exemplo, em cirurgias) ou sucessivamente (v.g., no revezamento de plantonistas ou encaminhamento de pacientes a especialistas) – e decorram tipos ilícitos negligentes. Como uma via de solução, o princípio da confiança se apresenta como um instrumento apto a amparar essa apuração ao delimitar os deveres de cuidado de modo a possibilitar a limitação e a definição de responsabilidades.

## 3. O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA E A DELIMITAÇÃO DA AUTORIA

A aplicação do princípio da confiança aos comportamentos arriscados que provenham de outras pessoas foi inicialmente afirmado no âmbito do tráfego rodoviário para determinar o cuidado devido por cada participante, sendo

34. Não em coautoria.

35. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., p. 894-895.

36. Idem, p. 881.

posteriormente transposto a outras áreas, como a da medicina.[37] De acordo com sua orientação, aquele que se comporta conforme "as normas de cuidado objetivo deve poder confiar que o mesmo sucederá com os outros",[38] em geral, "o direito autoriza que se confie em que outros cumprirão os deveres de cuidado",[39] salvo se houver razão concretamente fundada – "e não sob a alegação de que 'há sempre que contar com aquela gente' que viola as normas e cuidado – para pensar ou dever pensar de outro modo".[40]

Ao encarar as pessoas como seres responsáveis, o direito autoriza que se confie na premissa de que os outros cumprirão os deveres de cuidado. Assim, em regra, não se responde pela falta de cuidado alheio, o que denota a ligação com o princípio da autorresponsabilidade de terceiro – encarados como seres responsáveis, os indivíduos, ao desenvolverem um comportamento descuidado, em princípio, não fariam mais que afetar sua própria responsabilidade – na medida em que o âmbito e os limites do princípio da confiança seriam demarcados em função da mesma.[41]

A retenção do foco na prática de atividades conjuntas ou sucessivas permite afirmar que o profissional de saúde deve poder contar que os demais envolvidos na atividade médica irão atuar adequadamente, conforme a *leges artis* e, sobretudo, resguardando os deveres de cuidado[42] que lhe competem. Como afirma Faria Costa, "confia-se que cada um em particular não tenha comportamentos desconformes àquelas regras de cuidado".[43]

---

37. Idem, p. 882.
38. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*... cit.,p. 364.
39. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., p. 882.
40. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*... cit., p. 364.
41. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., p. 882.
42. Sónia Fidalgo esclarece que inicialmente "houve quem defendesse que o princípio da confiança estaria necessariamente relacionado com o elemento da previsibilidade. No entanto, não pode dizer-se que o comportamento descuidado dos outros constitua uma excepção – falhas no comportamento dos outros acontecem com uma freqüência considerável e o que é freqüente não pode ser considerado imprevisto. Deste modo, começaram a afirmar-se outros fundamentos de convocação do princípio da confiança no âmbito da doutrina dos crimes negligentes, já não a partir da ideia de previsibilidade mas sim da ideia de dever – o princípio da confiança como um verdadeiro princípio delimitador do dever objectivo de cuidado" (FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio. *A responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*. Coimbra: Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra, 2006. p. 85).
43. COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 488.

Isso não estanca a possibilidade dos profissionais pertencentes à equipe médica[44] serem responsabilizados por erros previsíveis cometidos por seus colegas – se não o impedirem ou corrigirem. Isso porque, o princípio da confiança irá ceder diante do conhecimento ou da previsão dos erros notórios de outros profissionais, se conforme as capacidades do agente estes poderiam ser evitados ou corrigidos.

Os profissionais devem poder contar com atuações adequadas às normas de cuidado, orientadas para a finalidade desejada. Porém, se notar que algum dos envolvidos no tratamento fornecido desenvolveu uma atitude inadequada ao fim pretendido, tem o dever de intervir visando a evitar possíveis consequências danosas de tal atuação.

A especialização dos profissionais envolvidos trará reflexos importantes nessa seara. Isso porque, devido aos diversos ramos de especialização da ciência médica é possível que determinado profissional (a) não tenha conhecimento necessário para avaliar a conduta de um especialista de área diversa (b), justamente pela diferença na formação; assim, para que fosse possível exigir que esse indivíduo (a) reconheça, impeça ou corrija a atuação daquele especializado em uma ciência distinta (b), seria necessário que (a) conhecesse as *leges artis* concernentes aos procedimentos realizados; ou que a conduta desenvolvida deixasse patente a violação do dever cuidado.[45]

Perante a existência de uma divisão do trabalho,[46] insta atentar à distribuição das competências, critério que não deve ser aplicado sozinho, pois havendo subordinação hierárquica ou não, é possível a ocorrência de falhas na comunicação e na coordenação das medidas diagnósticas e terapêuticas. Logo, o critério da divisão de trabalho poderá se utilizar do princípio da confiança para tecer a delimitação da autoria.

---

44. Equipe médica em sentido amplo, ou seja, incluindo as situações em que se verifica a intervenção simultânea de vários profissionais de saúde no processo terapêutico do mesmo paciente (equipe médica em sentido estrito) e as de intervenção sucessiva de diversos profissionais no mesmo processo assistencial. FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio. Op. cit., p. 69.

45. MARTINS, Fernanda G. Galhego. Op. cit., p. 164.

46. A doutrina distingue a divisão de trabalho horizontal da vertical, sendo a primeira relativa aos profissionais que se encontrem em situação de igualdade, e a segunda aos que relacionam de forma hierárquica. Na divisão horizontal o princípio da confiança vale em sua plenitude, enquanto na vertical os subordinados podem confiar nas instruções recebidas de seu superior. Este, por conseguinte, pode confiar que as funções para as quais foram formados e habilitados serão cumpridas, mas a confiança sofrerá uma limitação decorrente dos deveres de cuidado secundários, inerentes à própria superioridade hierárquica (FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio. Op. cit., p.113).

Importa verificar quem são os profissionais envolvidos, uma vez que aqueles hierarquicamente superiores que exerçam uma função de fiscalização, supervisão direta e controle sobre seus subordinados não poderão invocar o princípio da confiança para se eximir de responsabilidades se não impediu ou corrigiu erros notórios de que tivesse conhecimento ou mesmo os previsíveis. Assim, também os integrantes de uma mesma equipe têm o dever de impedir e/ou corrigir os erros previsíveis oriundos dos demais integrantes,[47] cessando o princípio face ao conhecimento ou à previsão de erros notórios que exigem correção; porém, especial situação apresenta a relação entre um médico e o seu aluno residente, na qual não poderá o profissional se eximir se não supervisionou de maneira diligente a execução das tarefas feitas pelo aluno, sendo o seu próprio comportamento negligente.[48]

Insta verificar as funções assumidas no processo terapêutico, as competências das especialidades, as relações hierárquicas, de coordenação e de fiscalização, os agentes envolvidos, a conduta desempenhada, as *leges artis* e o nexo causal de modo a evitar desenvolver fórmulas genéricas para a apuração da autoria. Isso porque, demais circunstâncias decorrentes do processo comunicativo podem indicar a incidência do princípio e recomendar um diagnóstico diverso nas hipóteses anteriormente aventadas.

Em esclarecedor estudo do tema, Faria Costa assevera que o princípio da confiança opera quando houver uma relação de comunicação, em que o agente recebe uma informação que acredita ser verdadeira diante de um contexto objetivo que sugere a ausência de perigos.[49] Assim, caso seja subvertido o sentido da comunicação, o seu subversor assume as consequências dos seus atos e, dessa forma, as afasta de terceiros.[50]

Nas situações em que haja razões concretamente fundadas e conhecidas[51] para não se confiar que o indivíduo vá desenvolver uma conduta responsável,

47. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., p. 884.

48. MARTINS, Fernanda G. Galhego. Op. cit., p. 164.

49. COSTA, José Francisco de Faria. Op. cit., p. 491. "Nesta linha de argumentação dever-se-á defender que, mais que actuar dentro do risco permitido, o agente está a comportar-se dentro do âmbito da convicção induzida pela conduta do outro membro daquela específica comunidade" (Idem).

50. COSTA, José Francisco de Faria. Op. cit., p. 493. "Em suma; o 'outro' entra na relação locutiva e subverte-lhe o sentido, porque faz entrar no discurso jurídico-penalmente significativo uma informação 'desadequada ao real'". Idem, p. 494.

51. Sónia Fidalgo fala em "motivos objectivos, sérios e contundentes (não se pode tratar de um mero pressentimento)" (FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio. Op. cit., p. 102).

claramente, não será produtivo alegar a incidência do princípio da confiança. Por exemplo, o enfermeiro tendo ciência que o médico se encontra sob o efeito de bebida alcoólica, não poderá alegar o princípio da confiança se, seguindo suas ordens, administrou substância em dose letal no paciente, ainda que não soubesse que a dosagem não era a recomendável; mesmo porque o princípio, pelos seus próprios fundamentos supraevidenciados, atua diante de pessoas responsáveis.[52]

Em intervenções sucessivas ou concorrentes, em que vários profissionais desempenhem suas funções, cumpre observar que os participantes assumem, por força do princípio da autorresponsabilidade,[53] responsabilidades em relação ao seguimento da atividade em que intervêm. Não é este um critério generalizador da autoria quanto aos profissionais envolvidos em determinadas terapêuticas, mas sim limitador do seu âmbito, na medida em que a função profissional fundamentará e delimitará certos deveres de cuidado.

A responsabilidade pela autoria das condutas negligentes deriva da violação ao dever de cuidado de cada um, que cria ou potencializa um perigo existente gerador de um resultado típico. Em concorrendo para o resultado típico condutas negligentes de mais de um indivíduo, poderia se falar em autoria paralela dos agentes quando, independentemente uns dos outros, contribuem para a mesma realização típica ou produzem o mesmo resultado, sendo considerada por si mesma cada situação.

Também se extrai do princípio da confiança a premissa de que, em regra, é possível contar que os outros não pratiquem crimes, o que permite sua aplicação a uma atuação negligente que torne possível o cometimento de um crime doloso por outrem, salvo "se especiais circunstâncias do caso concreto derem claro, imediato e fundado motivo para pensar que uma tal intermediação dolosa terá lugar".[54]

Em todo o caso, restando patente que o dever de cuidado não está sendo observado, o agente que tomou ciência dessa inobservância tem o dever de adequar sua conduta visando impedir ou minorar as consequências negativas

52. Pessoas capazes e sem limitações quanto ao objeto de sua atuação.

53. O princípio da confiança encontra seu fundamento material no princípio da auto-responsabilidade de terceiro (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., p. 882), o que não significa que os limites e o âmbito do princípio da confiança sejam determinados exclusivamente a partir da auto-responsabilidade de terceiro, nem implica que tenham o mesmo âmbito de atuação (FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio. Op. cit., p. 100).

54. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., p. 885.

advindas da negligência de outrem. Há de esclarecer, no entanto, que o dever de evitar pressupõe o poder de evitar.[55]

Nesse contexto, o princípio da confiança alicerçado no da autorresponsabilidade e a ideia do dever de cuidado fornecem instrumentos para o aplicador do direito, diante do caso analisado, ponderar se ao agente era possível na ocasião dos fatos identificar a negligência de outrem e impedi-la; prever as suas consequências e evitá-las; e principalmente se havia meios e razões (concretas) para que desconfiasse dos procedimentos adotados pelos demais integrantes da equipe, seja baseado nas *leges artis* ou em circunstâncias especiais afetas aos sujeitos envolvidos e aos fatos verificados que denotem justificativas para uma atitude desconfiada.

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade penal dos profissionais de saúde nos crimes negligentes não visa à "criação de um estado de *guerra-fria* entre médicos e juízes, ou que aqueles sintam a possibilidade efectiva da sua responsabilização jurídico-penal como uma afronta à profissão",[56] sob pena de engessar a atividade médica. Tampouco, a dificuldade de análise posterior das condições suportadas pelos profissionais poderia, por outro lado, justificar amplamente o ato médico.

É necessário atentar que, em determinadas circunstâncias, o quadro clínico de um paciente pode evoluir de maneira imprevisível, independente da conduta profissional, o que não significa que tenha havido um delito negligente. Para a análise deste, além da necessidade de determinar as regras técnicas aplicáveis ao caso concreto, conforme as *leges artis*, é mister examinar se foram observados os deveres de cuidado, se o resultado era, ao tempo da ação, previsível, e se as barreiras do risco permitido foram rompidas.

Havendo pluralidade de agentes, como passo conseguinte, insta apurar se o agente deveria e poderia, diante do contexto fático de que tinha conhecimento, adequar sua conduta visando a impedir ou minorar as consequências

55. "El ejercicio de la medicina es, la más de las veces, peligroso, pero tal peligro no aparece ilícito, aunque el evento lesivo obedezca a la conducta realizada con efecto lógico de tal causa, si el médico obró en la imperiosa necesidad de proceder así con observancia de las reglas de su arte y con el empleo de cuantos medios tuviere a su alcance, se rompe la relación indirecta de causalidad moral entre la voluntad y el resultado y nos hallamos en presencia del caso fortuito". MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. Op. cit., p. 35.

56. DIAS, Jorge de Figueiredo. Responsabilidade médica em Portugal... cit., p. 61.

negativas advindas da negligência de outrem e não, simplesmente, submeter todos os envolvidos na prestação dos cuidados médicos ao manto de um comportamento negligente conjunto. Antes importa restringir o conceito àqueles que efetivamente concorreram para o fato típico, negligentemente não o impedindo ou evitando.

Para não subverter os fins do Direito Penal, o abrigo estatal aos bens jurídicos em jogo e a responsabilidade penal nos crimes negligentes em caso de atuação sucessiva ou concorrente dos profissionais de saúde deve se desenvolver em harmonia com a realidade médica, mutável e dotada de particularidades que lhe são próprias. Para tanto, ao aferir a possibilidade da reprovação da conduta médica e os sujeitos alcançados pela norma, a especialização das atividades desenvolvidas e a formação dos profissionais devem ser especialmente observadas, posto que não seria possível a um profissional desempenhar suas funções estando o tempo todo desconfiado do desempenho ou refazendo os atos de seus colaboradores.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico – O consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano. 14. n. 1 e 2. p. 117-148. Coimbra: Coimbra Ed., jan.-jun. 2004.

_____. *Direito penal médico. Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

BRITO, Teresa Quintela de. Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano. 12. n. 3. p. 371-409. Coimbra: Coimbra Ed. jul.-set. 2002.

CAEIRO, Pedro; SANTOS, Cláudia. Negligência inconsciente tipo-de-ilícito negligente – Unidade criminosa e concurso de crimes – Princípio da culpa. Acórdão da relação de Coimbra de 06.04.1995. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano. 6. n. 1. p. 127-142. Coimbra:Coimbra Ed., jan.-mar. 1996.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal. Aspectos fundamentas da problemática do direito criminal*. Coimbra: Ed. do Autor, 1975.

_____. *Direito criminal I*. reimp. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COSTA, Breno Rego Pinto Rodrigues da. *Autonomia, saúde e constituição – Um olhar sobre os internamentos obrigatórios de portadores de doenças infecciosas no ordenamento constitucional brasileiro e português*. Coimbra: Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra, 2007.

COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

DANTAS, Eduardo. A responsabilidade civil do cirurgião plástico. A cirurgia plástica como obrigação de meio. *Lex Medicinae Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. ano. 4. n. 7. p. 69-79. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte geral – Questões fundamentais a doutrina geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. t. I.

_____. Responsabilidade médica em Portugal. *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 332. p. 21-79. Lisboa: Ministério da Justiça, jan. 1984.

_____. *Temas básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio. *A responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*. Coimbra: Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra, 2006.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. La imprudencia profesional: una especie a extinguir. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (dir.). *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: libro homenage al Profesor Doctor Don Angel Torío López*. Granada: Comares, 1999.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal português anotado e comentado – Legislação complementar*. 18. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal parte general*. 4. ed. rev. e ampl. Trad. Dr. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. *La responsabilidad del médico y del sanitario*. 3. ed. atual. e adaptada ao Código Penal de 1995. Madrid: Colex, 1997.

MARTINS, Fernanda G. Galhego. *A responsabilidade penal do cirurgião plástico e a conduta do paciente*. Coimbra: Coimbra Ed./Grupo Wolters Kluwer, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal parte general*. 6. ed. rev. e atual. Valencia: Tirant lo Banch, 2004.

PORTUGAL. Dec.-lei 48, de 15.03.1995. Código Penal. *Diário da República*. Lisboa, 1995.

ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Traducción a la 2. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

SANTANA, Selma Pereira de. *Negligência grosseira. A sua autonomia material*. Lisboa: Quid Juris, 2005.

SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português. Parte geral II*. 2. ed. Lisboa: Verbo, 2005.

SOTO NIETO, Francisco. Responsabilidad penal derivada de la responsabilidad medica. In: MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis; LORENZO Y MONTERO, Ricardo de. *Derecho médico tratado de derecho sanitario. Doctrina. Jurisprudencia del tribunal constitucional*. Madrid: Colex, 2001. t. I.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Exercício da medicina e responsabilidade criminal, de João José Leal – *RT* 706/290;
- O médico e o dever legal de cuidar: alguns aspectos jurídico-penais, de Paulo Vinicius Sporleder de Souza – *RT* 863/425; e
- Exercício da medicina e responsabilidade criminal, de João José Leal – *RT* 706/290.

### Veja também Jurisprudência

- Responsabilidade penal evidenciada e negligência caracterizada de médico plantonista que delegou tarefa de diagnóstico a estagiário de medicina: *JRP\1998\1486*. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br].

60919

# ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DE UM CONCEITO DE DOLO POLÍTICO-CRIMINALMENTE ORIENTADO

3

*Fundamentals of the concept of criminally guided political fraud*

HUMBERTO SOUZA SANTOS

Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes. Advogado criminalista.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Esse trabalho analisa a difícil questão a respeito dos elementos do conceito de dolo, seus fundamentos e suas funções. Após a exposição dos principais problemas da teoria volitiva e das teorias cognitivas, tradicionais e recentes, é proposta uma construção própria, político-criminalmente fundada, capaz de abranger tanto dados empíricos quanto normativos e satisfazer as funções que um conceito de dolo precisa desempenhar.

PALAVRAS-CHAVE: Dolo - Culpa - Teoria volitiva do dolo - Teoria cognitiva do dolo - Proteção de bem jurídico - Fundamentos políticos-criminais - Funcionalismo.

ABSTRACT: This paper analyzes the difficult issue regarding the elements of the concept of fraud (*dolus*), its fundamentals and its functions. After presenting the main problems of the theory of volition and the cognitive theories, both traditional and recent, a new premise is proposed, which is politically-criminally based, able to encompass both empirical and normative data and duly perform the functions required of a concept of fraud.

KEYWORDS: *Dolus* - Guilt - Theory of volition of *dolus* - Cognitive theory of *dolus* -protection of the legal interest - Political-criminal fundamentals - Functionalism.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Críticas à teoria volitiva do dolo - 3. Crítica às teorias cognitivas tradicionais: 3.1 Teoria do conhecimento da probabilidade de realização do resultado; 3.2 Teoria do conhecimento da possibilidade de realização do resultado - 4. Crítica às teorias cognitivas recentes: 4.1 Teoria do conhecimento de um risco típico, de Frisch; 4.2 Teoria do

conhecimento de um risco desprotegido, de Herzberg; 4.3 Teoria do conhecimento de um risco idôneo ou estrategicamente racional, de Puppe – 5. Desenvolvimento de um conceito de dolo político-criminalmente orientado: 5.1 Criação consciente de um risco eficiente; 5.2 Exclusão de mecanismos específicos de proteção; 5.3 Cumprimento das exigências pré-estabelecidas; 5.4 Comparação crítica às demais teorias cognitivas – 6. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

Em outra oportunidade pude desenvolver um estudo,[1] no qual concluí que um conceito de dolo capaz de levar soluções justas a casos concretos deve ser claro em seus elementos, coerente em seu raciocínio, acessível à comprovação empírica e propiciar uma correlação proporcional entre o elemento conceitual justificador do reproche mais gravoso, o que se pretende coibir com esse reproche e a intensidade da conduta contrária ao bem jurídico protegido.[2]

Isso porque, a seguir essas diretrizes, tal conceito de dolo se compromete com o exclusivo fim de proteção de bens jurídicos e não se dispersa em divagações que buscam fundamentar seu reproche gravoso em elementos alheios à integridade do que realmente interessa ao direito penal tutelar: o bem jurídico. Consequentemente, também cheguei à conclusão de que um conceito de dolo ambíguo em sua própria premissa, impreciso quanto ao seu limite em relação à culpa, caracterizado por um direito penal de ânimo, desvinculado da gravidade da agressão ao bem jurídico e muito difícil de ser provado na prática, não satisfaz o rigor científico que o atual estágio do direito penal deve exigir na construção de seus institutos e nem se sustenta como ferramenta adequada a proporcionar fundamentos seguros para o intérprete tomar suas posições.[3]

Enquanto aquele estudo teve como objetivo específico demonstrar que o conceito volitivo de dolo – tradicional e majoritário – não cumpre qualquer dessas diretrizes e sofre desses vícios reputados intoleráveis, o que justifica plenamente seu abandono,[4] o presente trabalho retoma e aprofunda as reflexões e considerações então levantadas, de modo a avaliar os pontos críticos das

1. Refiro-me ao meu anterior trabalho: Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coords.). *Temas de direito penal – Parte geral*, 2008, p. 263-293.
2. Idem, p. 288.
3. Idem, p. 288-289.
4. Idem, p. 288.

principais teorias cognitivas e a traçar as linhas mestras de um conceito que esteja de acordo com tais diretrizes. Para situar o leitor dos principais pontos desta questão, faço a seguir um panorama das críticas dirigidas à teoria volitiva do dolo, para, após, ingressar na exposição das críticas às teorias cognitivas e da construção do próprio pensamento sobre o conceito de dolo.

## 2. CRÍTICAS À TEORIA VOLITIVA DO DOLO

A teoria volitiva trabalha com a ideia de que o dolo consiste, basicamente, na vontade consciente do autor de realizar as circunstâncias descritas no tipo penal,[5] um conceito, portanto, formado por uma componente intelectual e uma componente volitiva que, juntas, atuam como fatores formadores do reproche doloso. A teoria volitiva parte, então, dessa premissa para dividir o dolo em três diferentes espécies (embora a lei brasileira se refira expressamente a apenas duas)[6] consolidadas pela doutrina alemã[7] e apenas recentemente trabalhadas pela doutrina brasileira.[8] A primeira espécie é o dolo direto de 1.º grau, orientado pelo sentido cotidiano de intenção, cujo conteúdo é definido pelo fim a que o autor se propõe e os meios que escolhe para realizá-lo.[9] A segunda espécie é o dolo direto de 2.º grau, consistente nos efeitos colaterais representados pelo autor como necessários à realização do objetivo que ele pretende alcançar.[10] A terceira espécie é o dolo eventual, definido basicamente como um dado anímico da esfera de consciência do autor em relação à possibilidade do resultado, o que conduz diversas correntes a uma complexa busca da identidade desse elemento anímico "chave".[11]

---

5. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal – Parte geral*, 2008, p. 134.
6. O querer o resultado e o assumir o risco de produzi-lo, descritos no art. 18, I, do CP.
7. A respeito das três categorias de dolo formuladas pela teoria volitiva na Alemanha, ver: GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à "distinção entre dolo e culpa" de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. XIII.
8. Embora a tripartição do dolo já apareça em: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*, 1985, p. 76 e LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, 1987, p. 65, ainda estavam a expor apenas duas categorias: JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal I*, 1999, p. 286 e DELMANTO, Celso et alii. *Código Penal comentado*, 1991, p. 30-31.
9. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte geral I*, 2009, p. 288.
10. Idem, ibidem.
11. Os manuais brasileiros normalmente expõem a teoria da anuência, consentimento ou assunção de risco como uma terceira teoria ao lado da teoria volitiva e das teorias

O significado cotidiano de "intenção" atribui, portanto, ao elemento "querer" o fundamento de desvalor entre dolo e culpa, de modo a delimitá-los através de uma oposição contraditória entre querido e não querido, em sentido necessariamente psicológico-descritivo,[12] seja por ser o objetivo último do autor, seja por ser apenas um meio para ele alcançar outros objetivos. Um exemplo simples: A, com intenção ("querer realizar", "propósito", em sentido cotidiano) de matar seu inimigo B, aponta-lhe uma arma e atira. Porém, se A, em vez de usar uma arma, preferir explodir o avião no qual viaja B, o termo "querer" em sentido psicológico-descritivo torna-se insuficiente para estender o reproche doloso em relação aos outros passageiros, necessariamente exterminados ao lado de B, pois A não concebe as mortes deles como objeto de sua "intenção", as quais, inclusive, podem lhe soar psicologicamente indesejadas.[13]

Para enfrentar esse problema, a teoria volitiva desenvolve uma interpretação do termo "vontade" que engloba a consciência dos efeitos colaterais necessários da conduta ou da possibilidade do resultado, e impossibilita o autor de se isentar de responsabilidade com a alegação de não ter querido psicologicamente o resultado. Essa interpretação sustenta não mais um "querer" em sentido psicológico-atributivo, mas um "querer" em sentido atributivo-normativo[14] que origina as espécies de dolo direto de 2.º grau (consequências necessárias) e de dolo eventual (resultado possível). Esse salto de um conceito de vontade psicológico-descritivo para um conceito normativo-atributivo faz com que a palavra "querer" seja utilizada de modo ambíguo e significa um camuflado abandono da fundamental premissa da qual parte a teoria volitiva. Tal, é facilmente observável tanto no desenvolvimento do conteúdo do dolo direto de 2.º grau, de lógica semelhante a qualquer teoria cognitiva, pois tem como centro de gravidade apenas a consciência, quanto na incessante jornada à procura de fundamentos para o dolo eventual, cujo excessivo psicologismo exibe uma profusão de disposições internas referidas

---

cognitivas, o que não é bem exato. A teoria da anuência é parte integrante da teoria volitiva e, longe de qualquer pretensão de independência, busca tão somente fundamentar que a assunção de risco é o elemento interno do autor responsável pelo reproche doloso caracterizador do dolo eventual. Essa inexatidão pode ser observada, por exemplo, em BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 285-286; e JESUS, Damásio Evangelista de. Op. cit., p. 283-284. A respeito, ver GRECO, Luís. Op. cit., p. XV.

12. PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*, 2004, p. 33.
13. SOUZA SANTOS, Humberto. Op. cit., p. 269.
14. PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 32.

ao conhecimento da possibilidade do resultado, mas desconexas da própria vontade em sentido psicológico.[15]

Como nesse sistema desenvolvido pela teoria volitiva o dolo eventual é a categoria mais próxima da culpa, pois tanto ele quanto a culpa consciente fundam-se na consciência do autor a respeito da possibilidade de realização do resultado, o insucesso dos obstinados esforços empreendidos para identificar seu elemento diferenciador obscureceu a fronteira entre o reproche mais gravoso do dolo e o reproche mais brando da culpa e relegou-a a uma zona recheada de ambiguidades e insuficientes explicações.[16] A mais conhecida dessas explicações, a denominada teoria da anuência, consentimento ou assunção aprovadora do risco, sustenta que o dolo eventual condiciona-se ao consentimento do autor em que ocorra um resultado representado como possível.[17] O importante é identificar se o autor acredita na possibilidade do futuro resultado ou se, ao contrário, confia em que nada acontecerá.[18] Se ele acreditou nas consequências e, mesmo assim, não se absteve de praticar sua ação, tais consequências são tidas como queridas. Ao contrário, essa "vontade de realização" não será atribuída ao autor nos casos em que ele confia na não ocorrência do resultado, apesar de tê-lo previsto como possível.[19]

Nesse raciocínio é possível verificar que, assim como a expressão "querer", o termo "aprovação" é empregado de maneira ambígua, visto que se "aprovação" for compreendida num sentido cotidiano, significará apenas um juízo a respeito de como um fato deve ou pode ser,[20] mas, se a interpretação de "aprovação" estiver relacionada com o sentido de "intenção" utilizado no dolo direto de 1.° grau,[21] engloba somente os criminosos por convicção[22] e incompatibiliza-se com qualquer dado psíquico do autor que mostre reprovação, desconforto ou indiferença quanto à ocorrência do resultado. Como não é essa a conclusão pretendida pela teoria da anuência, pois, caso contrário, ela esvaziaria seu próprio objetivo, a disposição interna "aprovação", a exemplo da "vontade" que deveria fundamentar, é caracterizada de modo plenamente atributivo-normativo, não psicológico-descritivo.

---

15. SOUZA SANTOS, Humberto. Op. cit., p. 268-270.
16. Idem, p. 271.
17. MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal I*, 1962, p. 314.
18. SOUZA SANTOS, Humberto. Op. cit., p. 272.
19. Idem, ibidem.
20. Idem, p. 272; PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 37.
21. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 2006, p. 453.
22. PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 37.

Os problemas da teoria da anuência, contudo, não se resumem à confusa interpretação de conceitos, mas se estendem à sua própria estrutura lógica. A plena viabilidade de uma situação na qual o autor não acredita na ocorrência do resultado, mas, embora ocorrendo, o aprove, demonstra que a teoria da anuência não é capaz de realizar a distinção entre dolo e culpa ainda na hipótese em que o autor espera a não ocorrência do resultado.[23] Uma tentativa de correção dessa falha foi empreendida pelo BGH[24] mediante a afirmação de que a existência de culpa consciente depende de uma confiança séria do autor, não apenas vaga, na não ocorrência do resultado,[25] o que reduziu a original oposição "querer/não querer" a um vazio e, por isso mesmo, improvável e manipulável limite entre acreditar ou não de modo vago na produção do resultado.[26]

Embora a teoria da anuência exerça forte influência na jurisprudência, a teoria dominante na doutrina alemã é a que fundamenta o dolo eventual na hipótese em que o autor leva a sério a possibilidade de ocorrência do resultado, de modo a incluir em seus cálculos a possibilidade de realização de um tipo sem que essa realização seja capaz de dissuadi-lo de praticar a conduta. Ao assim proceder, o autor decide-se conscientemente contra o bem jurídico protegido, o que justifica a censurabilidade dolosa de sua conduta.[27] Tal ideia parte da consideração de que é mais fácil ao autor que levou a sério o perigo evitar uma exposição proibida do bem jurídico,[28] mas ignora que não há como justificar um reproche menos gravoso de quem, apesar de criar, conscientemente, um claro, enorme e incontrolável risco, não o leva a sério.[29] Ao contrário, o autor demonstra um desprezo à integridade alheia, merecedor de maior reproche justamente ao não levar a sério um perigo que tem consciência da extensão da gravidade.[30] Esse raciocínio ainda leva à isenção de dolo do autor tão pouco interessado pela ocorrência do resultado que sequer apresenta qualquer ponderação anímica[31] e reprova com maior severidade o autor que criar um

23. SOUZA SANTOS, Humberto. Op. cit., p. 272.
24. O BGH, Bundesgerichsthof, é a Corte alemã correspondente ao nosso STJ. Sua jurisprudência é favorável à teoria do consentimento.
25. PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 40.
26. Idem, ibidem.
27. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 446.
28. SOUZA SANTOS, Humberto. Op. cit., p. 273.
29. PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 57.
30. Idem, p. 56.
31. Idem, p. 57.

pequeno risco, porém já não permitido, tão somente por ter superado o obstáculo psíquico surgido no interior de sua mente ao levar a sério esse perigo.[32]

Jakobs tenta superar a teia psicológica na qual se enredou a teoria volitiva fazendo algumas concessões de cunho normativo ao seu pressuposto descritivo. Em primeiro lugar, admite que apenas as consequências principais do delito são realmente parte do conteúdo da vontade do autor, uma vez que as consequências secundárias, por somente fazerem parte do conteúdo do conhecimento, apenas por dependência se relacionam com a vontade do autor.[33] Em segundo lugar, afirma que dolo é o conhecimento de que a realização do tipo depende da execução querida da ação, mesmo que esta realização não seja querida por si mesma.[34] A partir dessas duas considerações, ele define que a relação subjetiva do autor com as consequências principais, pelas quais pratica a conduta, chama-se intenção ou dolo direto de 1.º grau;[35] e que configura o dolo direto de 2.º grau a certeza da realização segura do tipo, a qual permite ao autor saber que evitar o resultado, apesar de não desejá-lo, é incompatível com o que quer e o faz preferir se distanciar intelectualmente dessa evitação por ter consciência de que o resultado está forçosamente vinculado à execução da ação por ele querida.[36] O dolo eventual surgirá de acordo com a exatidão com que o autor aprecie a situação e as consequências que se poderiam esperar da prática da conduta,[37] exatidão essa que deve ser limitada por meio da relevância normativa do risco avaliado pelo autor em sua decisão de praticar a conduta. Tal relevância normativa abrange a importância do bem afetado, avaliada conforme a estimação jurídica fundada em dados estatísticos e na intensidade do risco, determinada de acordo com o juízo jurídico e não o individual, para que não seja alegada a mera crença do autor em se sentir capaz de controlar perigos especiais, mas sim que ele possui uma habitualidade a tais riscos consequente de um comportamento desenvolvido e constatável na prática.

Em outras palavras, segundo o entendimento de Jakobs, caso o autor tenha aprendido a conviver com situações arriscadas apesar da gravidade do perigo,

32. Idem, ibidem. Puppe expõe um raciocínio interessante: um motorista que, durante a manobra de estacionamento, infringir em poucos centímetros a distância mínima a ser mantida em relação aos carros vizinhos e levar a sério a possibilidade de colisão, deverá, então, ser condenado por tentativa de dano.

33. JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general*, 1997, p. 315.

34. Idem, p. 316.

35. Idem, p. 321.

36. Idem, p. 324.

37. Idem, p. 326.

não existirá dolo, pois estará excluída a normativização da relevância e faltará fundamento para que a estimação jurídica resida no âmbito de responsabilidade do autor.[38] Esse critério remete ao direito penal do autor por atribuir dolo ou culpa conforme o comportamento do sujeito em situações perigosas e diminui a intensidade do reproche na medida em que situações concretamente perigosas são criadas, o que termina por premiar e estimular o hábito de colocar em perigo bens jurídicos alheios. Um rigoroso reproche, ao contrário, incide sobre aqueles que não estão acostumados a gerar situações perigosas, o que quer dizer que um motorista inexperiente deveria ser condenado por tentativa de homicídio ao não respeitar a distância de segurança em relação ao veículo que lhe precede, simplesmente por ter consciência de que, estatisticamente, morrem milhares de pessoas em virtude dessa infração.[39]

Uma tentativa rara de não afirmar uma relação anímica positiva entre o autor e a conduta foi a empreendida por Engisch que, ao contrário de identificar um dado presente, como aprovação, consentimento etc., afirma o dolo eventual de forma negativa, a partir da ausência de oposição do autor do fato em relação ao resultado previsto por ele de modo concreto e real, isto é, na hipótese em que a lesão ao bem jurídico lhe seja indiferente.[40] Por isso, caso o sujeito atue esperançoso ou confiante de que o resultado não ocorrerá, existirá uma oposição interna no tocante à previsão do acontecimento do resultado e o dolo não estará caracterizado.[41] Esse raciocínio deve ser complementado pela afirmação de que sempre haverá culpa nos casos em que a probabilidade de ocorrência do resultado for reduzida e pela avaliação de que, nos casos em que tal probabilidade for grande, existirá dolo devido a uma manifestação *in concreto* da indiferença relativa do autor.[42]

Apesar de se fixar na ausência e não na presença de um dado anímico, esse raciocínio não esclarece qual o vínculo que justifica um reproche mais grave a uma

---

38. Idem, p. 334, 313-314. Jakobs também afirma a existência de dolo nos casos de "cegueira diante dos fatos", que são hipóteses nas quais, em vez de uma falta de atenção geral e não dirigida, existe um desinteresse específico do autor em relação às consequências da conduta.
Mas, como se trata de uma discussão a respeito de um tema peculiar, prefere-se não analisar essa opinião, ao menos por enquanto.

39. RAGUÉS I VALLES, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 140.

40. ENGISCH, Karl. *Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, p. 207-208.

41. Idem, p. 191-207.

42. Idem, p. 198.

conduta praticada de forma indiferente em relação ao resultado[43] e, nas considerações em que uma relação entre a conduta do autor e o risco conscientemente criado aparece de modo mais claro, ao sustentar a culpa nas hipóteses de probabilidade reduzida do resultado previsto e o dolo nas hipóteses em que esta probabilidade é grande, Engisch simplesmente adota, embora sem admitir, uma teoria cognitiva da probabilidade e abandona o conteúdo psicológico-descritivo do termo "indiferença", que passa, então, a ser utilizado em sentido atributivo-normativo e a repetir a mesma ambiguidade de sentidos da palavra "querer".[44]

Armin Kaufmann considera que a busca por algum estado sentimental do sujeito não se adequa à teoria do erro de tipo e erro de proibição, por acrescentar ao dolo um elemento emocional característico da consciência da antijuridicidade, que permaneceu como componente da culpabilidade enquanto o dolo tornou-se um elemento do tipo,[45] e sustenta que apenas é possível negar o alcance da finalidade do autor sobre as eventuais consequências previstas por ele numa situação em que a finalidade sirva como limite à própria finalidade.[46] Kaufmann aduz que apenas uma finalidade dirigida à evitação das consequências faz com que a finalidade de sua conduta deixe de se dirigir a elas, ou seja, o autor passa a atuar com culpa consciente[47] apenas nos casos em que manifesta vontade de evitar a consequência de sua conduta, de modo a estabelecer, na ação por ele praticada, fatores contrários à realização da consequência representada como possível,[48] pois assim concede uma oportunidade real à habilidade que acredita ter de conduzir o processo sem ferir a integridade alheia.[49]

Entretanto, apesar da correção desse raciocínio ao afirmar que o propósito de evitar exclui o propósito de realizar, é ignorado que, em sentido psicológico-descritivo, no dolo direto de 2.º grau e no dolo eventual não existe o propósito de realizar. Se for admitido que a vontade de realização excluída pela vontade de evitação se dá sob a interpretação do termo "vontade" em sentido normativo-atributivo, o raciocínio perde sua necessidade lógica, pois, em sen-

43. PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 63.

44. Idem, p. 64.

45. KAUFMANN, Armin. Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze. In: _____. *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 61-66.

46. Idem, p. 67.

47. Idem, ibidem.

48. Idem, p. 68.

49. Idem, ibidem.

tido normativo-atributivo, a "vontade" do dolo é compatível com o propósito de realizar um objetivo incompatível com o resultado,[50] apenas em sentido psicológico-descritivo é que não seria. Além disso, Kaufmann não especifica quais são as exigências mínimas para que as medidas de evitação tomadas pelo autor possam ser consideradas eficazes. Tampouco esclarece acerca de qualquer exigência a respeito da qualidade da medida de evitação ou da seriedade da vontade de evitação exprimida pelo autor. Se qualquer medida suficiente para reduzir de modo irrisório o risco for considerada um propósito de evitação apenas porque o autor teve essa finalidade,[51] o dolo seria aplicado, em verdade, somente nas hipóteses de demonstração, pelo autor, de fraco desejo de que o resultado não ocorra.[52] Tal assertiva equivaleria ao mesmo dado psíquico característico de expressões como consentimento, aprovação, assunção aprovadora do risco ou aceitação do resultado.[53]

Frank, com o intuito de identificar o conteúdo do estado psicológico específico do autor doloso no momento do fato e criar a relação entre esse estado e a conduta praticada,[54] elaborou a fórmula que consiste em averiguar se o autor teria agido ainda que soubesse do resultado. Caso o intérprete conclua que o autor deixaria de praticar o ato, o estado psicológico característico da anuência, aprovação ou consentimento do risco estará ausente e o dolo eventual, consequentemente, negado. Posteriormente, Frank complementou essa fórmula com uma segunda, que implica em analisar se o autor, ao se tornar consciente da possibilidade do resultado, afirma para si mesmo: "seja assim ou de outra maneira, ocorra isso ou aquilo, de qualquer modo eu agirei", o que define a presença do estado psicológico característico do dolo eventual.[55]

Nessas duas fórmulas, Frank pretende verificar a existência do elemento psíquico do dolo eventual a partir de dados fictícios, pois o autor, em verdade, não dispõe de nenhuma certeza a respeito do resultado típico e tampouco de reafirmações claras sobre sua conduta alternativa, o que obriga o intérprete a recorrer aos seus próprios juízos e preconceitos. A única maneira de aplicá-las, em especial a segunda, sem recair no mais puro preconceito, seria na hipótese de os estados psicológicos do autor, inclusive suas decisões, apresentarem-se

50. PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 48.

51. Idem, p. 49.

52. Idem, ibidem.

53. Idem, ibidem.

54. Idem, p. 44.

55. FRANK, Reinhard. *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 1931, § 59, nm. V, p. 190.

como algo determinado por leis naturais estritas já conhecidas pelo intérprete. Para isso, seriam necessários excepcionais elementos capazes de esclarecer qual seria o comportamento do autor na hipótese de previsão segura da realização do resultado,[56] os quais absolutamente inexistem.

A análise de todas essas teorias demonstra que existe perfeita compatibilidade entre a prática de qualquer ação, independente de sua intensidade, e o "consentimento" em que o resultado ocorra, ou o "levar a sério" o perigo, ou a "indiferença" ou a "vontade de evitação", ou o "confiar seriamente e não de modo vago" em que o resultado não acontecerá, de modo que fica claro que o centro de gravidade do reproche da teoria volitiva não está na gravidade da conduta praticada pelo autor e nem no fim de proteção de bem jurídico, mas, tão somente, no estado de espírito do autor, o que relega esse reproche a um direito penal de ânimo distanciado do desvalor do injusto em relação ao fato concreto e deixa sem sentido a própria divisão típica entre uma forma mais severa (dolo) e branda (culpa).

Assim, se o reproche não está no fato praticado, mas no sentir uma "assunção", um "levar a sério", uma "indiferença", uma "vontade de evitação", ou em não ter a "habitualidade" de criar riscos, a punição mais grave ou mais branda, por ser alheia ao fato concreto, não tem aptidão para proteger bens jurídicos, mas, no máximo, para evitar que o autor "assuma", "leve a sério", fique "indiferente" ao risco e para incentivá-lo a praticar a conduta "confiando seriamente na não ocorrência do resultado".[57] Entretanto, uma reprovação penal que pretenda evitar não a violação de bens jurídicos, mas a mera existência de estados psicológicos, que reprova não o fato lesivo, mas o simples sentimento interno do autor coincidente à pratica desse fato, limita a liberdade das pessoas sem qualquer ganho social e, no interior de um sistema jurídico-penal cujo fim seja a proteção de bens jurídicos, não se coaduna com a ideia de idoneidade, presente no princípio constitucional da proporcionalidade, segundo a qual toda limitação de liberdade deve ser capaz de alcançar a finalidade desejada,[58] o que a torna, de plano, ilegítima.[59]

---

56. PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 45.

57. Ou, ainda, estimular o autor a produzir, com constância, situações perigosas com o intuito de adquirir a "habitualidade" de Jakobs.

58. Em relação à adequação ou idoneidade como parte do princípio da proporcionalidade: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2007, p. 165-170. A respeito da idoneidade para legitimar proibições: GRECO, Luís. *Um panorama da imputação objetiva*, 2005, p. 24-25.

59. SOUZA SANTOS, Humberto. Op. cit., p. 283.

Essa falta de relação entre o reproche exercido pela teoria volitiva e a gravidade da conduta praticada pelo autor afeta, também, as outras duas ideias que compõem o princípio constitucional da proporcionalidade: a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A ideia de necessidade afirma que uma medida jurídica somente deve ser tomada caso não haja uma medida menos gravosa que possa atingir o mesmo fim.[60] Na hipótese em que o autor cria um perigo baixo, apesar de não permitido, ao bem jurídico, existe uma medida menos gravosa suficientemente apta para proteger o bem jurídico contra essa espécie de ataque: a atribuição de culpa. Entretanto, para a teoria volitiva, desde que o autor esteja no estado psicológico exigido, a conduta deve ser reprovada do modo mais severo (dolo), ainda que sua intensidade seja pequena. Já a ideia de proporcionalidade em sentido estrito sustenta que a medida jurídica, numa ponderação de interesses, não pode limitar a liberdade excessivamente.[61] A teoria volitiva, ao reprovar do modo mais severo (dolo) uma conduta pouco perigosa, limita a liberdade do autor mais do que o suficiente para evitar essa forma de agressão ao bem jurídico. No outro extremo, a teoria volitiva desrespeita o princípio constitucional da proporcionalidade ao aplicar a medida mais branda (culpa) ao autor que comete um fato intensamente agressivo ao bem jurídico, tão somente devido ao seu estado de espírito no momento da prática desse fato.

Para tornar mais evidente o que aqui se afirma e demonstrar que a teoria volitiva relega ao acaso o nível de proteção à integridade do bem jurídico e, consequentemente, a mais pura sorte o ajuste entre a gravidade da agressão e seu reproche mais brando ou severo, basta utilizar uma variante do conhecido problema proposto por Lacmann.[62] Durante a famosa festa de peão realizada na

60. No tocante à exigibilidade ou necessidade da medida jurídica, em termos gerais: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2002, p. 262. Sobre a necessidade da medida jurídica no âmbito do direito penal: GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, 2004, p. 136.

61. A respeito da proporcionalidade em sentido estrito: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 270. Sobre a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito no campo penal: GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*... cit., p. 136.

62. Lacmann desenvolveu a hipótese de que num parque de diversões o autor aposta com um amigo que consegue acertar, com um tiro, a bola de vidro que está na mão da menina que atende ao público no estande de tiro ao alvo. Mas, se ele acertar a menina e não a bola, ele pretende jogar a arma no chão e desaparecer na multidão. Lacmann demonstra, com esse caso, a possibilidade de que, num caso merecedor de dolo eventual, a ocorrência do resultado seja incompatível com o objetivo do autor

cidade de Barretos/SP, dois fazendeiros observam uma moça que está de costas para eles e fazem a seguinte aposta: um deles atirará no chapéu dela, se ele acertar o alvo, ganhará todo o patrimônio do outro, se ele errar, perderá todo o patrimônio para o outro. O atirador escolhido se prepara: escolhe a posição mais confortável, encosta seu braço numa mureta para servir de apoio, mira com atenção o chapéu, puxa o gatilho do revólver e a bala atinge em cheio a nuca da moça, causando-lhe morte instantânea. Não há duvida de que nessa hipótese ocorreu a criação consciente de um grande risco à vida da vítima, ao final concretizado, através de uma conduta evidentemente merecedora de reproche doloso (dolo eventual, caso seja seguida a divisão da teoria volitiva).[63]

Contudo, segundo a teoria da assunção de risco, será preciso afirmar que o fazendeiro-atirador, por ter apostado todo seu patrimônio, não assumiu o risco de atingir a nuca da moça e confiava seriamente na não ocorrência do resultado, o que leva à atribuição de culpa consciente à sua conduta.[64] A culpa consciente também deverá ser atribuída conforme a teoria do risco levado a sério, já que, por mais intensa que tenha sido a conduta contrária ao bem jurídico e por mais forte que tenha sido o risco conscientemente criado à vida da vítima, o fazendeiro-atirador, ao apostar todo o seu patrimônio, não levou a sério o risco de errar o alvo e acertar a vítima, mas, ao contrário, agiu com a confiança de que nada aconteceria.[65] A teoria de Jakobs solucionará o problema de acordo com a habitualidade do fazendeiro-atirador em criar esse tipo de perigo. Caso seja a primeira ou uma das primeiras vezes que o autor tenha praticado essa conduta, o dolo eventual estaria configurado por falta de verificação prática a respeito de estar o autor habituado a controlar o risco por ele criado. Porém, se o fazendeiro-atirador já tiver o costume de atirar em direção à cabeça de outras pessoas para vencer apostas e em poucas vezes ele tenha acertado alguém, mas habitualmente o chapéu, a culpa consciente estaria caracterizada e o autor premiado por constantemente praticar tal ação.[66] De acordo com o pensamento de

---

e, dessa maneira, esvazia a argumentação das fórmulas de Frank. LACMANN, W. *Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgezetzbuch, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 31*, 1911, p. 159.

63. Adota essa variante desenvolvida em meu estudo *Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo* e chega a conclusões semelhantes: GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: DIAS, Augusto Silva et alii (orgs.). *Liber Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º aniversário – Estudos de direito e filosofia*, 2009, p. 887-888.

64. SOUZA SANTOS, Humberto. Op. cit., p. 285.

65. Idem, ibidem.

66. Idem, p. 285-286.

Engisch, a culpa consciente estará caracterizada porque o autor, ao disponibilizar todo seu patrimônio em caso de erro, demonstrou que não era indiferente ao resultado, mas, ao contrário, que atuava na confiança de que o mesmo não ocorreria, de modo a agir, portanto, com a oposição interna exigida por Engisch.[67] O raciocínio de Kaufmann também soluciona a hipótese como culpa consciente porque o fazendeiro-atirador, ao escolher a posição mais confortável, encostar seu braço numa mureta para servir de apoio, e mirar com atenção e concentração o chapéu, tomou medidas precavidas para evitar acertar a nuca da moça. Além disso, ao disponibilizar todo seu patrimônio em caso de erro, já teria atuado com a finalidade de quem tem vontade de evitar o resultado.[68] A conclusão a que se chega ao aplicar às formulas de Frank é a mesma obtida pelo caso original do tiro ao alvo elaborado por Lacmann, qual seja, de que o evidente dolo eventual do autor pode surgir numa situação em que a ocorrência do resultado é incompatível com o seu objetivo (ganhar a aposta). Entretanto, ao ignorar esse dado, as fórmulas de Frank levam à conclusão de que o caso é de culpa consciente, pois o autor não atiraria se soubesse de seu erro e nem se estivesse diante da previsão segura do resultado, uma vez que perderia todo seu patrimônio e ainda praticaria uma conduta sem sentido.[69]

Por outro lado, a teoria volitiva do dolo, ao defender a distinção entre dolo e culpa de acordo com estados internos do autor, se mostra extremamente difícil de ser comprovada na esfera judicial e evidencia o costumeiro desinteresse dos penalistas materiais em relação à viabilidade prática de seus argumentos ao partirem, erroneamente, do pressuposto de que não cabe ao teórico se preocupar com problemas relacionados à produção probatória, relegados que estariam ao intérprete no plano processual.[70] Entretanto, esse mal disfarçado menosprezo em relação à prática forense esquece que, para o direito processual cumprir sua missão como instrumento adequado a constatar a existência ou inexistência do direito material com solidez científica, são necessárias ferramentas precisas o suficiente para que seja indicado qual caminho deve ser seguido pela atividade probatória.[71] Ainda que as regras processuais sejam as mais eficientes, que os métodos e as possibilidades sejam os mais sofisticados, a prática forense necessita incidir sobre um conceito material preciso, uma vez que significa desafiar

67. Idem, p. 286.
68. Idem, ibidem.
69. Idem, ibidem.
70. RAGUÉS I VALLES, Ramón. Consideraciones sobre la prueba del dolo, 2002, p. 7.
71. Idem, p. 1.

a lógica admitir um conceito obscuro e esperar que sua clareza surja diante das regras processuais, pois, afinal, a viabilização de um método correto de prova somente pode ocorrer quando ao menos se sabe o que se está a provar.[72] Em verdade, a consequência da aplicação judicial do conceito volitivo de dolo tem sido uma evidente imprevisibilidade e manipulabilidade de decisões que o utilizam como fórmula mágica para camuflar que o reproche doloso foi imputado ou afastado ao acusado devido a qualquer circunstância que tenha causado no intérprete algum desconforto sentimental.[73]

Além disso, a vontade como componente do conceito de dolo ainda padece de um sério problema de fundamentação, como bem demonstra Greco no trabalho em que conclui que o autor doloso precisa praticar a conduta com um conhecimento tal que lhe permita exercer o domínio sobre o que realiza,[74] de modo que o caminho a ser seguido seria aprimorar a teoria da probabilidade,[75] por não ter sido apresentado, até o momento, qualquer fundamento convincente para se exigir que a vontade faça parte do conceito de dolo.[76]

Um elemento volitivo não pode ser justificado com o argumento de ser a ação praticada com vontade objetivamente mais perigosa, pois o que torna uma ação objetivamente mais perigosa não é a vontade, e sim a maneira como é externamente executada.[77] Tampouco pode ser sustentado com a alegação de que um autor que pratica um ato com vontade é um sujeito mais perigoso, capaz de querer praticá-lo de novo, pois assim se estará punindo o sujeito não somente pelo que ele fez, mas pelo que poderia fazer, algo característico de um direito penal do autor, não do fato.[78] Também não é adequado defender que a presença da vontade deve ser reprovada por ser o dolo algo decorrente de perigosos e hostis afetos e paixões que conduzem a um desejo antijurídico e nem porque, ao agir com vontade, o autor questionaria diretamente a vigência da norma, visto serem considerações que gravitam em torno de um conteúdo moralista e que censuram mais gravemente o autor não em razão do que ele fez, mas de sua atitude interna.[79]

---

72. PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 60.
73. SOUZA SANTOS, Humberto. Op. cit., p. 287.
74. GRECO, Luís. Dolo sem vontade cit., p. 902.
75. Idem, p. 903.
76. Idem, ibidem.
77. Idem, p. 898-899.
78. Idem, p. 899.
79. Idem, p. 900.

Da mesma maneira, não convence a afirmação de que uma teoria cognitiva do dolo expandiria excessivamente seu alcance, o que tornaria necessário o elemento vontade por este se apresentar como fator limitador. Isso porque, a depender do critério adotado para se definir a característica do risco conscientemente criado suficiente para configurar o dolo, uma teoria cognitiva poderá punir menos do que uma volitiva,[80] principalmente porque esta já agrava o nível de reproche diante do mero dado anímico do autor. Por outro lado, existem hipóteses em que realmente se é exigido um reproche mais gravoso do que o propiciado pela teoria volitiva, como no citado exemplo da Festa de Peão em Barretos, o que demonstra não ser o punir mais ou menos o que deve nortear a fundamentação do conceito de dolo,[81] mas a adequação da censurabilidade do fato à intensidade da conduta praticada.

## 3. CRÍTICA ÀS TEORIAS COGNITIVAS TRADICIONAIS

### *3.1 Teoria do conhecimento da probabilidade de realização do resultado*

A tradicional teoria do conhecimento da probabilidade do resultado, formulada numa época em que predominava o entendimento de que dolo e a culpa seriam elementos constitutivos da culpabilidade penal, sustenta que o limite entre o dolo, como a forma mais grave da culpabilidade, e a culpa, como a forma mais branda, apenas pode ser estabelecido a partir do grau de perigo que o autor sabe causar, pois essa relação entre consciência do perigo e conduta do autor, base para a forma mais grave ou mais branda de culpabilidade, consiste no fato de que o autor, apesar de representar o perigo, não se dissuade de seu projeto de ação. Essa lógica é também aplicada na culpa inconsciente sob o argumento de que nela o autor ignora o apelo, oriundo de fatos conhecidos por ele e que fundamentam seu dever objetivo de cuidado, para que respeite e conserve o bem jurídico lesado.

A teoria da probabilidade não estabelece, assim, uma diferença de princípio, mas unicamente de grau, entre o dolo e a culpa, de modo que quanto maior for o perigo criado pelo autor conforme sua representação, tanto maiores serão o injusto subjetivo e a culpabilidade.[82] A partir dessa premissa, a teoria da probabilidade se divide em duas vertentes. A primeira vertente é a de Lacmann, segundo a qual o fundamento do reproche severo ocorre no momento em que

80. Idem, p. 901.

81. Idem, ibidem.

82. PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 65-66.

o autor representa a maior probabilidade do resultado, já que quanto maior o risco de acordo com sua representação, menor motivação será necessária para evitar o resultado e dissuadi-lo da prática da conduta. O fator de reproche é a baixa motivação do autor para evitar o resultado, sob o argumento de que sequer a consciência de sua alta probabilidade foi suficiente para fazê-lo superar os desejos ligados ao seu projeto de ação.[83] A segunda vertente é a de Sauer, que encontra o fundamento do reproche mais gravoso não na baixa motivação do autor para evitar o resultado, mas no próprio perigo, consciente ou imaginariamente criado. Isso ocorre porque, de acordo com a opinião de Sauer, a valoração jurídica deve incidir sobre uma ação objetivamente perigosa originada de uma livre decisão de vontade, ou seja, o reproche vincula-se ao próprio desvalor do perigo mais intenso, como conteúdo da consciência do autor, de modo que tal conhecimento do perigo mais intenso significa não apenas um indício do dolo no sentido da probabilidade, mas sim, o próprio dolo.[84]

O grande equívoco do pensamento de Lacmann, ao fundar a distinção entre dolo e culpa na motivação de evitar o resultado que o autor possa ter, é tornar a intensidade do perigo considerada pelo autor apenas um entre muitos indicadores dolo, sequer o mais importante, uma vez que, para a motivação de evitar o resultado superar a motivação de praticar a conduta, será preciso, sobretudo, que a motivação de praticar a conduta esteja determinada pelo interesse ou desejo do autor de realizar seu projeto, o que faz dessa intensidade de motivos, interesses e desejos o verdadeiro fundamento do limite entre o dolo e a culpa. No final das contas, recai na mesma busca por estados espirituais empreendida pela teoria volitiva, ainda que aqui eles estejam indiciados pela probabilidade.[85]

Além disso, caso a vítima tenha desenvolvido algo especificamente destinado a proteger o bem jurídico ou um terceiro tenha se diligenciado no sentido de salvaguardá-lo, de modo que o perigo tenha se tornado menor do que normalmente seria apenas em razão desses fatores, será possível interpretar, seguindo o raciocínio de Lacmann, que a motivação do autor quanto à evitação do resultado, conforme a relação psicológica que estabelece de motivação da prática da conduta inversamente proporcional à probabilidade do perigo que possa ser criado, tenha se tornado maior e, portanto, fundamento da atribuição de culpa. Dessa maneira, a defesa específica do bem jurídico interfere diretamente na análise procedida pela teoria de Lacmann, embora, ainda dentro do

83. LACMANN, W. Op. cit., p. 114.

84. SAUER, Wilhelm. *Derecho penal – Parte general*, 1956, p. 268-271.

85. PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 67.

jogo de interesses psicológicos que sustenta, no sentido de se premiar com a atribuição da sanção mais branda da culpa o autor que praticou a conduta, apesar da diligência da vítima ou de um terceiro, e sancionar com a maior tolerabilidade penal da agressão o fato de se ter diligenciado no sentido de proteger o bem jurídico.

O raciocínio de Sauer, a princípio, é mais acertado do que o de Lacmann, pois não confere ao propósito de realização uma função autônoma na verificação do dolo, mas sim o de apenas um elemento capaz de aumentar o perigo ao qual o autor expõe o bem jurídico. Isso significa que é o mirar contra uma pessoa para matá-la, de modo a criar um perigo maior do que quem visa outro alvo, por acaso próximo a essa pessoa, o que fundamenta o dolo e não o mero propósito do autor que, apesar de contribuir para esse mirar e para a criação intensa do perigo, não pode ultrapassar o limite de ser apenas um elemento entre os formadores do perigo para, por si só e autonomamente, fundamentar o dolo.[86] As críticas tradicionalmente dirigidas à teoria da probabilidade questionam, principalmente, qual seria o quociente de probabilidade que determinara o início do dolo e o final da culpa e de que maneira poderia o autor obter o conhecimento de tais quocientes de probabilidade. Sauer, a exemplo de Lacmann, sempre se recusou a admitir determinadas quotas de probabilidade e sustentava que o reproche doloso estaria presente se o autor considerar a ocorrência do resultado mais provável do que sua não ocorrência.[87]

Contudo, ao empregar o termo "mais provável", Sauer inevitavelmente torna dados estatísticos o ponto central de seu conceito, indispensáveis que são para se saber se um determinado fato é ou não mais provável do que outro. Além disso, não esclarece se circunstâncias relevantes para o acontecimento avaliadas segundo dados da experiência, que não necessariamente indicam um conteúdo estatístico, poderiam ser utilizadas para se chegar à conclusão de que a ocorrência seja mais provável do que sua não ocorrência, ponto do qual se omite. Por outro lado, assim como o raciocínio de Lacmann, a teoria de Sauer permite que o estabelecimento pela vítima ou por um terceiro de mecanismos que sirvam para especificamente proteger o bem jurídico interfira diretamente na análise do dolo ou da culpa do autor, pois, caso seja suficiente para diminuir a probabilidade do evento até que sua ocorrência se torne menos provável do que sua não ocorrência, deverá ao autor ser atribuída a culpa tão somente pelas atitudes tomadas no sentido de salvar o bem jurídico ameaçado.

86. Idem, p. 68.

87. Idem, p. 69.

### *3.2 Teoria do conhecimento da possibilidade de realização do resultado*

A teoria do conhecimento da possibilidade de realização do resultado sustenta-se na ideia desenvolvida por Schröder de que basta a mera consciência da possibilidade da realização do resultado para motivar o autor a desistir de sua ação. Segundo seu entendimento, qualquer confiança na não ocorrência do resultado traz em si mesma a negação de sua possibilidade, o que leva à conclusão de que toda conduta culposa apenas pode ser, sempre, hipótese de culpa inconsciente, de modo a inexistir, ao menos no sentido tradicional, a modalidade culpa consciente.[88]

Schmidhäuser concorda que o reproche doloso está na presença ou não do conhecimento da possibilidade do resultado pelo autor do fato, mas, sustenta que é necessário dividir essa consciência entre consciência de fatos seguros e consciência de fatos inseguros, a qual ocorre, por exemplo, no caso em que alguém não sabe se a penumbra diante de si pertence a um ser humano (consciência insegura de um fato presente) e se, ao disparar contra ela provocará a morte deste (consciência insegura de um fato futuro). Para Schmidhäuser o dolo sempre estará caracterizado nas hipóteses de conhecimento de fatos seguros, porém, nos casos de conhecimento inseguro apenas se o autor estiver consciente da possibilidade concreta de realização do tipo. Schmidhäuser, explica que ao não conhecer a possibilidade concreta de ocorrência do resultado, apesar de haver considerado a possibilidade em abstrato, o autor se convence de que o resultado não irá acontecer e isso implica numa eliminação mental da própria consciência da possibilidade de realização do tipo, o que caracteriza uma hipótese de culpa aparentemente consciente. O reproche doloso se caracteriza nos casos de conhecimento inseguro da possibilidade concreta, porque neles o autor se decide, de modo consciente, pela lesão.[89]

Embora tanto Schröder quanto Schmidhäuser tenham estabelecidos alguns limites ao reproche doloso sobre condutas conscientes – Schröder ao considerar a existência de hipóteses nas quais uma transgressão é tão mínima que pode ser considerada como insignificante,[90] Schmidhäuser nos casos em que acontece uma eliminação mental da representação da possibi-

88. SCHRÖDER, Horst. Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, 1949, p. 245.

89. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventualis" und bewußte Fahrlässigkeit), 1980, p. 240-250.

90. SCHRÖDER, Horst. Op. cit., p. 240; RAGUÉS I VALLES, Ramon. *El dolo y su prueba*... cit., p. 75.

lidade de realização do tipo por parte do autor –[91] a teoria da possibilidade pune com dolo condutas que, a princípio, mereceriam um reproche culposo. Além disso, ao sustentar que a confiança na não ocorrência do resultado significa, desde já, a eliminação do conhecimento, abandona o próprio ponto de partida, segundo o qual, o fundamento do dolo seria o conhecimento, e, por meio de interpretações psicológicas fictícias, faz de algo sabido algo não sabido.[92] Aliás, é possível observar que, com essa conclusão, a teoria de Schmidhäuser desloca o ponto central do dolo do conhecimento para o "confiar plenamente que nada ocorrerá" já defendido pela teoria volitiva majoritária, a qual tem seus próprios problemas. Além disso, também aqui as atitudes da vítima ou de um terceiro, tomadas para resguardar o bem jurídico, podem influenciar o juízo de atribuição de dolo ou culpa ao sujeito, pois à medida que quanto mais protegido o bem jurídico no caso concreto, mais "inseguro" tornar-se-ia o conhecimento do perigo e "abstrata" a possibilidade do resultado.

## 4. CRÍTICA ÀS TEORIAS COGNITIVAS RECENTES

### *4.1 Teoria do conhecimento de um risco típico, de Frisch*

A teoria de Frisch parte da ideia de que o dolo é a consciência da conduta típica, englobada numa dimensão especial, ou seja, de que não é suficiente para o reproche doloso o conhecimento da conduta apenas como uma sucessão externa de fatos, mas que esta conduta tenha adquirido uma dimensão especial. Frisch estabelece três requisitos para que essa dimensão seja tipicamente relevante. Primeiro, essa dimensão típica deve aparecer como um dado que revele a contradição existente entre o comportamento de quem pratica a conduta e o ordenamento jurídico. Segundo, ela deve especificar periculosidade em relação aos bens jurídicos. Terceiro, deve demonstrar que a conduta praticada constitui um fato qualificado diante das exigências jurídicas. Isso quer dizer que, para ser qualificada como típica, a conduta deve ser concretamente arriscada e juridicamente desaprovada, juízo obtido a partir das circunstâncias reconhecidas *ex ante* que circundam o caso e desde a perspectiva do autor. O dolo se caracteriza nas hipóteses em que o autor, consciente da tipicidade de sua conduta, nos delitos de lesão, "parte para si" de que cria objetivamente um risco não tolerado de lesão, enquanto nos delitos de perigo "parte para si"

91. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Op. cit., p. 240-250.

92. PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 74.

de que gera um risco não permitido de criação de uma situação que significa perigo, isto é, que a dimensão de risco de sua conduta se apresenta como uma possível causação de uma situação de perigo, ainda que julgue não conter, em si mesma, um perigo de lesão.[93]

Nesse sentido, Frisch faz uma distinção entre delitos de lesão e delitos de perigo, segundo a qual nos delitos de lesão o autor toma "para si" o conhecimento de que sua conduta possui objetivamente um risco não tolerado de lesão e nos delitos de perigo o autor toma "para si" o conhecimento de que sua conduta traz consigo um risco não permitido de criação de uma situação que significa perigo. Contudo, essa distinção não parece delimitada em critérios precisos e nem se entende qual seria a diferença entre um "risco não tolerado de lesão" e a criação de "uma situação que significa perigo" quando se compara o risco de um crime de lesão com o risco de um crime de perigo concreto. Além disso, seus críticos apontam a ocorrência de uma ampliação do âmbito de reproche doloso, uma vez que a mera colocação em perigo de um bem jurídico protegido pelo ordenamento penal daria lugar à reprovação que incide sobre o autor, a deixar o resultado como uma mera sorte de qualificação.[94]

### *4.2 Teoria do conhecimento de um risco desprotegido, de Herzberg*

A teoria de Herzberg gira em torno da classificação do risco criado em duas espécies fundamentais. A primeira espécie é o "risco protegido", justificador da culpa, no qual subsiste uma atenção do titular ou de um terceiro sobre o bem jurídico que permite ao autor confiar, orientado por uma expectativa racionalmente fundada na experiência, que tudo terminará bem. Caso o resultado aconteça, apesar dessa mais alta atenção da vítima ou de um terceiro, não passará de um infortunado desenvolvimento da situação. A segunda espécie é o "risco desprotegido", responsável por fundamentar o dolo, em que não se constitui qualquer âmbito de proteção e nem o autor que cria o risco e nem o esforço da vítima (ou de um terceiro) criam uma reserva capaz de evitar a realização do resultado. Por isso, caso o autor confie que tudo ocorrerá bem, essa será apenas a expressão de uma confiança irracional e, portanto, inidônea para afastar o reproche doloso. Herzberg explica ainda que a consciência do autor que reconhece um risco ao bem jurídico impossível de diminuir, por mais que haja esforço para tanto, é suficiente para justificar o reproche doloso, mas, se

93. FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 70-74.

94. DÍAZ PITA, Maria del Mar. *El dolo eventual*, 1994, p. 137.

este risco for insignificante, deve-se atribuir culpa, já que um risco desprotegido pequeno equipara-se a um risco protegido.[95]

Herzberg formula poucas exigências para a caracterização do perigo doloso, pois atribui culpa somente aos casos de culpa leve, quando o perigo é pequeno ou protegido com alta eficiência, de modo que as hipóteses de culpa média ou culpa grave sofrem um reproche doloso. Mas, se a premissa da proteção com alta eficiência for renunciada sem que seja substituída por outro requisito qualitativo, a distinção entre perigo protegido e desprotegido torna-se manipulável, uma vez que Herzberg aceita como proteção de um perigo qualquer circunstância que, analisada *ex ante*, oponha-se à realização do perigo. Isso significa que sempre será possível concluir pela existência de um perigo protegido ao se examinar tais circunstâncias opositoras, as quais somente não ocorrem quando o risco possui 100% de chances de ser concretizado, de modo separado dos fatores que favorecem a realização do perigo. Ao contrário, se os fatores reconhecíveis *ex ante* favorecedores e redutores do perigo forem considerados em conjunto, na construção de um perigo global, chegar-se-á, em todas as hipóteses, à conclusão de se estar diante de um perigo desprotegido.[96] Além disso, também a atribuição de dolo ou culpa segundo a teoria de Herzberg está sujeita a ser influenciada conforme a vítima ou um terceiro se diligencie no sentido de proteger o bem jurídico. Isso porque se a mera presença de um fator redutor já fundamenta a culpa, o autor sempre atuará com culpa consciente em razão da existência de qualquer mecanismo específico de proteção ao bem jurídico. Contudo, se a relevância do fator redutor depender de sua intensidade, um bom mecanismo específico de proteção já será suficiente para fundamentar a conduta culposa do autor.

### *4.3 Teoria do conhecimento de um risco idôneo ou estrategicamente racional, de Puppe*

O raciocínio formulado por Puppe sustenta que o reproche doloso se caracteriza nas hipóteses em que perigo criado representa, em si mesmo, um método idôneo para a provocação do resultado, ou seja, um método cuja chance de alcançar o objetivo apresenta-se relativamente grande de acordo com os conhecimentos de quem o utiliza. Para identificar a idoneidade ou não do método, Puppe explica que não deve ser realizada uma ponderação inflexível a

95. HERZBERG, Rolf Dietrich. Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – Ein Problem des objektiven Tatbestandes, 1986, p. 249-256.

96. PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 80.

respeito da quantidade de perigo, pois é impossível medir índices de probabilidade com clareza, mas uma avaliação orientada de acordo com um repertório de métodos, fundado na experiência, para alcançar os mais diversos objetivos. Por isso, o relevante não é a situação individual do autor e suas possibilidades de agir, uma vez que o fato de o autor almejar o resultado e não dispor de nenhum meio melhor não transforma uma estratégia genericamente inidônea em idônea, assim como não deixa de ser uma estratégia idônea e, portanto, um perigo doloso, o autor dispor, no caso concreto, de meios ainda melhores para alcançar o resultado, como golpear a cabeça da vítima com um cano apesar de trazer consigo uma pistola. Puppe explica com acerto que o propósito do autor de provocar o resultado pode até exercer, em certos casos, um papel decisivo ao constituir-se como fator de perigo, como na hipótese em que um bom atirador, a uma distância média, dispara com o propósito de matar e com uma arma de alta precisão, mas o reproche doloso estará constituído não por causa do propósito em si, mas porque o autor visa uma parte do corpo na qual a vítima pode ser letalmente ferida.[97]

Embora a teoria de Puppe esteja absolutamente correta em seus fundamentos, falha por uma certa imprecisão terminológica daquilo que pretensa expressar. Ao trabalhar com o termo "inidôneo", para se referir ao método empregado caracterizador da culpa, transmite a ideia de que o resultado é impossível de ser obtido. Por outro lado, de acordo com o que se depreende de seu raciocínio, falar em repertório de métodos significa recorrer a dados da experiência, seja ela cotidiana ou científica, de modo que é linguisticamente mais simples referir-se diretamente a esse juízo do que empregar a expressão "repertório", mais confusa. Ademais, é um tanto vago delimitar a intensidade do perigo doloso numa "chance relativamente grande" de se alcançar o resultado, ainda mais porque, mesmo nos casos em que a não ocorrência do resultado seja a hipótese com maior chance de acontecer, pode subsistir uma chance relativamente grande de se alcançar o resultado.

Além disso, a exemplo do que ocorre com as teorias de Lacmann, Sauer, Schmidhäuser e Herzberg, a depender da capacidade de tornar mais difícil a realização do resultado de um mecanismo destinado pela vítima ou por um terceiro para a proteção específica do bem jurídico, o método empregado pelo autor pode deixar de ser "estrategicamente idôneo", tornando a conduta culposa ou mesmo atípica (na falta de sua previsão culposa) somente devido à diligência empreendida em relação ao bem jurídico. Assim, por exemplo, na

97. Idem, p. 82-84.

hipótese em que alguém tenta assaltar um grande, e bem protegido, banco munido apenas de uma pistola 38 – fato que o forte aparato de proteção tornaria atípico (não existe roubo culposo) independente de ter sido tentado ou consumado. Isso significa, como ressaltado na crítica às demais teorias que apresentam o mesmo problema, punir a vítima com a desproteção de seu bem jurídico justamente por ter existido em relação a ele uma diligência fática e premiar o autor por ter tido a ousadia de praticar o fato apesar do mecanismo que aumentou o nível de proteção.

## 5. DESENVOLVIMENTO DE UM CONCEITO DE DOLO POLÍTICO-CRIMINALMENTE ORIENTADO

A seguir serão explicadas as principais bases de um conceito de dolo político-criminalmente orientado que se preocupe com a clareza de seus elementos, coerência de seu raciocínio, acessibilidade à comprovação empírica e manutenção de uma correlação proporcional entre o elemento conceitual justificador do reproche mais gravoso, o que se busca coibir com esse reproche e a intensidade da conduta contrária ao bem jurídico protegido.[98]

Em primeiro lugar, em razão do exposto na análise da teoria volitiva, o correto é admitir a consciência, e não a vontade, como centro de gravidade do reproche doloso, de modo a seguir o mesmo caminho das teorias cognitivas recentemente desenvolvidas. A partir daí devem ser identificados os elementos sobre os quais a consciência do autor precisa incidir para que sua conduta seja reprovada como dolosa. Esses elementos devem se apresentar como características inerentes ao risco criado, e capazes de fundamentar a censurabilidade mais grave do dolo como algo proporcional e ajustado à intensidade da conduta praticada no caso concreto. A conclusão a que se chega é que o dolo deve ser definido como *a criação consciente de um risco eficiente, excluídos mecanismos específicos de proteção*. Esse conceito será detalhado nos próximos dois subtópicos.

### *5.1 Criação consciente de um risco eficiente*

O autor deve saber que cria um risco eficiente contra o bem jurídico. Esse é o ponto fundamental do dolo e o fator justificador do reproche mais gravoso da conduta por ele praticada. Um risco eficiente é aquele que possui em seu âmbito de configuração duas características principais: *ser juridicamente*

98. SOUZA SANTOS, Humberto. Op. cit., p. 288.

*desaprovado e ter a realização do resultado como sua principal tendência racionalmente fundada.*

A primeira dessas características, a de ser o perigo conscientemente criado algo *juridicamente desaprovado*, isto é, um *risco não permitido*, avaliado de acordo com os *princípios de imputação objetiva*, sintetizados por uma ideia de ampla ponderação entre o interesse de proteção de bens jurídicos e o interesse geral de liberdade, na qual o importante não é apenas o valor dos bens expostos a perigo, mas a intensidade, o interesse social, a idoneidade da medida de cuidado, a existência e custo de alternativas menos perigosas e considerações relativas ao princípio da proporcionalidade por trás de normas específicas regulamentadoras de situações perigosas que o intérprete deve ter em mente no momento de avaliar em que medida essa ponderação poderá ser entendida como a identificação acertada de um risco permitido ou não.[99]

A exigência da segunda característica, ser *a realização do resultado a principal tendência racionalmente fundada do risco não permitido criado*, segue caminho semelhante ao empreendido por Puppe de recorrer a dados extraídos da experiência capazes de fundamentar racionalmente um juízo de reproche doloso conforme a intensidade consciente da conduta praticada. Contudo, para além de se apresentar como uma chance relativamente grande, a realização do resultado deve se caracterizar como *principal tendência* do risco criado, uma vez que é plenamente compatível a existência de uma chance relativamente grande de ocorrência do resultado em casos em que sua não ocorrência é a tendência principal. Nesse ponto, é desproporcional, além de incoerente, estabelecer o reproche mais gravoso do dolo com fundamento na intensidade do perigo quando o bem jurídico tem uma maior chance de sair ileso do que de ser atingido. Por outro lado, inexistentes no caso concreto dados que permitam racionalmente fundamentar a hipótese de realização do resultado como a principal tendência do desenrolar dos acontecimentos, deverá ser reconhecida a culpa pelo princípio da dúvida.

Nesse contexto de análise da intensidade da conduta, uma quantidade probabilística de perigo deve ser considerada, quando disponível, como apenas uma parte do conjunto de dados da experiência racionalmente adequados para demonstrar que a tendência principal do risco conscientemente criado é a realização do resultado. Essa experiência pode ser dividida em dois grandes grupos de casos identificados de acordo com o nível de conhecimento a ser constatado no autor: *dados de observações cotidianas e dados de observações especializadas.*

99. GRECO, Luís. *Um panorama da imputação objetiva* cit., p. 43-46.

*Os dados de observações cotidianas*, isto é, aqueles que podem ser obtidos da experiência do dia a dia, rotineira, têm conteúdo e avaliação ao alcance da generalidade das pessoas, já que podem ser extraídos do conteúdo básico da vida em geral. Entretanto, *os dados de observações especializadas* somente podem ser obtidos mediante o acesso a campos específicos de conhecimento (científicos, técnicos, profissionais etc.) e fundamentam o reproche doloso na medida dos conhecimentos especiais do sujeito que pratica a conduta. Assim, por exemplo, o conhecimento da capacidade letal de um tiro na cabeça de alguém é um dado da experiência cotidiana, disponível a qualquer pessoa normal, enquanto que o conhecimento das chances de determinado edifício desabar devido ao desrespeito a determinadas regras de engenharia somente está disponível a quem teve acesso a esse tipo de informação, por ser um dado de experiência especializada, o que obriga a, necessariamente, considerar os conhecimentos especiais do autor.

### *5.2 Exclusão de mecanismos específicos de proteção*

Como explicado na crítica dirigida à teoria de Puppe, o juízo a respeito da idoneidade do meio para se alcançar o resultado pode ser influenciado por mecanismos especificamente empregados para proteger o bem jurídico e dificultar sua lesão, o que ocasiona um desequilíbrio político-criminal punitivo da vítima diligente e premiador do autor ousado. O mesmo se diga em relação à noção de eficiência do risco criado aqui desenvolvida.

Nesses casos, a inidoneidade ou a ineficiência do risco criado não acontecem em razão das próprias características do método em si, mas de fatores externos especificamente destinados pela vítima (ou por um terceiro) a salvaguardar o bem jurídico. Assim, a potencialidade lesiva do comportamento do autor é diminuída tão somente porque o bem jurídico fora diligentemente melhor protegido, pois, sem essas medidas específicas de proteção, o método utilizado pelo autor se tornaria reconhecidamente eficiente para atingir o resultado.

Esses fatores apresentam, portanto, qualidade normativa diferente de outros dados capazes de influenciar na eficiência do meio escolhido pelo autor. Isso porque sua existência tem como fundamento a mesma finalidade de proteção de bens jurídicos que orienta o direito penal, o que justifica um tratamento diverso em relação a dados circunstanciais do caso concreto que não tenham como característica o objetivo de proteger o bem jurídico ameaçado. Nesse sentido, como os mecanismos específicos de proteção são previamente estabelecidos para que o nível de proteção do bem jurídico seja aumentado,

sua interferência na intensidade do perigo causado pela conduta do autor deve ser desconsiderada. Caso contrário, o afastado será o próprio fim de proteção de bem jurídico que os orienta e a solução caminhará para um político-criminalmente inadequado reproche mais brando. Os demais fatores, contudo, por não se destinarem diretamente à proteção do bem jurídico, relacionam-se com a capacidade lesiva dos métodos escolhidos pelo autor, não como reflexo do empenho por essa proteção, mas como partes autonomamente (em relação ao caráter protetivo) integrantes do complexo de circunstâncias, o que justifica e legitima um reproche mais brando no caso de ineficiência.

Essa exclusão dos mecanismos de proteção, fruto da natureza diferenciada deles, encontra também justificativa em três importantes princípios. O primeiro deles, já mencionado, é o fim de proteção de bem jurídico, objetivo maior do direito penal, que não permite ao direito penal valorar, em detrimento do próprio bem jurídico, condutas específicas e proporcionalmente destinadas a protegê-lo. O segundo é a proporcionalidade. A exclusão dos mecanismos específicos de proteção é uma medida adequada, necessária e não excessiva para manter a conduta do autor vinculada ao reproche merecedor de um método cuja eficiência somente foi alterada devido a componentes salvadoras.[100] O terceiro é o princípio da vitimodogmática, segundo o qual a vítima deve proteger com diligência seu próprio bem jurídico quando, dentro de suas possibilidades e da racionalidade humana, tiver plenas condições de fazê-lo por si mesma, sem necessidade de aguardar o aparato do Estado.[101] Todos esses princípios caminham para a mesma direção: a de que a vítima não pode ser punida por se proteger e o autor não pode ser premiado por precisar enfrentar a proteção da vítima.

### *5.3 Cumprimento das exigências pré-estabelecidas*

Nesse tópico será testado se a concepção de dolo aqui desenvolvida é clara em seus elementos, coerente no raciocínio que emprega, acessível à comprovação empírica e capaz de manter uma correlação proporcional entre o

100. Sobre o princípio da proporcionalidade, vide notas 59 e 60.

101. Em favor do princípio da vitimodogmática: SCHÜNEMANN. Bernd. Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. 1986, p. 195 e 439. SCHÜNEMANN, Bernd. Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts. In: KAUFMANN, Arthur et alii. *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70 Geburtstag*, 1979, p. 129. A respeito também: CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, 1998, p. 235-243.

elemento conceitual justificador do reproche mais gravoso, o que se busca coibir com esse reproche e a intensidade da conduta contrária ao bem jurídico protegido, conforme as diretrizes político-criminais que foram anteriormente pré-estabelecidas.[102]

Em relação à clareza de elementos e a coerência de raciocínio, a presente proposta parte do pressuposto de que dolo é a consciência de se criar um risco eficiente, excluídos mecanismos específicos de proteção e mantém em qualquer caso a mesma premissa e interpretação terminológica das quais, parte seu pensamento, sem recair numa ambiguidade de sentidos e sem precisar se subdividir em diferentes categorias contraditórias entre si para preencher eventuais dificuldades.

Quanto à acessibilidade à comprovação empírica, seus elementos estão aptos a uma adequada identificação realizada pelos métodos de prova da prática forense. A consciência é um dado psicológico que permite ser constatado na prática com um mínimo de clareza, em especial quando comparada à obscuridade dos demais dados anímicos, enquanto o conteúdo da expressão "risco eficiente" é algo preenchido com dados extraídos tanto de observações cotidianas quanto de observações especializadas, de modo a se racionalmente fundar na experiência empírica. Nesse ponto, pode o intérprete trabalhar com uma margem maior de precisão e segurança do que se obrigado a identificar a presença de dados restritos à esfera interna do sujeito.

Por fim, o conceito aqui defendido correlaciona o elemento justificador do reproche mais severo, o que se almeja coibir com esse reproche e a intensidade da conduta contrária ao bem jurídico. O elemento justificador do reproche doloso é a consciência da criação de um risco eficiente, isto é, o conhecimento de que se está a criar um risco não permitido, cuja capacidade para atingir o bem jurídico surge como sua principal tendência racionalmente fundada. O que se pretende coibir com esse elemento justificador do reproche mais severo é a exposição do bem jurídico a condutas que produzam uma contrariedade objetivamente intensa ao seu âmbito de proteção, censurando-as mais gravemente, e, assim, manter uma relação de proporcionalidade entre a importância da conduta praticada pelo autor e a reprovação à qual ela será submetida. Esse raciocínio também está diretamente relacionado com o princípio do fim de proteção de bem jurídico, que orienta o direito penal na direção de apenas reprovar condutas segundo sua capacidade de violação aos bens jurídicos tutelados.

---

102. SOUZA SANTOS, Humberto. Op. cit., p. 288.

### 5.4 *Comparação crítica às demais teorias cognitivas*

Além de averiguar a clareza, coerência, acessibilidade prática e a correlação proporcional entre o fundamento do reproche mais gravoso, seu objetivo e a intensidade da conduta praticada, é necessário, também, para que se justifique a proposta do conceito de dolo aqui desenvolvida, verificar seu afastamento de falhas estruturais apresentadas por outras teorias cognitivas.

Nesse sentido, o conceito de dolo aqui defendido não se submete ao mesmo problema observado na teoria de Lacmann, pois não depende da motivação interna do sujeito e, portanto, da ponderação resultante de qualquer jogo de interesses psicológicos mais afetos aos seus dados anímicos do que propriamente à intensidade da conduta. Por outro lado, apesar de se assemelhar ao entendimento de Sauer, não se impõe a limitação estatística decorrente do termo "probabilidade" e nem se omite quanto ao seu método de análise, uma vez que se refere a um juízo de "tendência" que engloba toda a intensidade conhecida das circunstâncias relevantes para o desencadear dos acontecimentos, não apenas dados estatísticos, e esclarece que tal deve ser procedido de acordo com os dados da experiência cotidiana e especializada de conhecimento do sujeito, comprováveis através de laudos, perícias, depoimentos etc.

Tampouco opta por uma solução extrema, como a teoria de Schröder, visto que admite a existência de culpa consciente. Também não apresenta a mesma falha da teoria de Schmidhäuser, pois não gravita em torno de dados anímicos muito difíceis de serem comprovados, como se o autor considerou a possibilidade de realização do resultado em concreto ou em abstrato, ou se teve conhecimento seguro ou inseguro do fato, nem recorre a interpretações psicológicas fictícias, como a de que o confiar plenamente na não ocorrência do resultado exclui o conhecimento do sujeito.

Além disso, ao contrário da teoria de Frisch, não promove distinções imprecisas e incompreensíveis, como a entre "a criação de um risco não tolerado de lesão" e "a criação de uma situação que significa perigo", nem possui como elemento central um dado anímico desvinculado da intensidade da conduta e muito difícil de comprovação forense como o "partir para si" semelhante ao "assumir o risco" de uma das subteorias volitivas do dolo eventual.

Já em relação à teoria de Herzberg, não repete a falha de indicar elementos sem grau mínimo de intensidade, como os fatores favorecedores e redutores determinantes para qualificar o risco de protegido ou desprotegido, cuja mera presença em qualquer grau já é suficiente para excluir ou fundamentar a "proteção" do risco. Ademais, se serve de um critério teórico de análise que não se sujeita à manipulação de raciocínio, como ocorre no pensamento de Herzberg

ao se considerar os fatores redutores de modo isolado ou em conjunto com os fatores favorecedores.

Num primeiro sentido, a teoria aqui proposta não diverge em substância do pensamento de Puppe. Difere em questões terminológicas, pois, ao contrário de utilizar o termo "inidôneo", que tem uma conotação linguística de "impossibilidade", isto é, a de que um método inidôneo seria impossível para se alcançar o resultado, o que, absolutamente, não é o entendimento de Puppe, faz um juízo sobre a "ineficiência", termo que deixa claro que o método empregado pelo autor pode alcançar o resultado, embora de maneira mais difícil e tortuosa. Além disso, ao contrário de estabelecer um juízo quantitativo impreciso como o exposto pelo critério da "chance relativamente grande" para a realização do resultado, a proposta aqui defendida deixa claro que a tendência para a ocorrência do acontecimento deve ser no mínimo a "principal", ou seja, superior às outras tendências.

A grande diferença em relação ao raciocínio de Puppe, contudo, está num dos elementos principais da teoria aqui defendida: a exclusão dos mecanismos protetivos. O pensamento de Puppe, assim como os de Lacmann, Sauer, Schmidhäuser e Herzberg, permite que o juízo sobre a imputação de dolo ou culpa ao autor seja influenciado pelo comportamento da vítima que se esforçou para se autoproteger ou de um terceiro que se dispôs a salvar o bem jurídico alheio, sempre no sentido de se tornar menos digno de censura penal o bem jurídico diligentemente resguardado, bem como mais tolerável a conduta daquele que contra ele se lançou.

Entretanto, ao se excluir esses mecanismos fáticos de proteção, mediante um juízo de comportamento hipotético, com fundamento nos princípios do fim de proteção ao bem jurídico, da proporcionalidade e da vitimodogmática, a proposta aqui sustentada se afasta dessa crítica e se aproxima, também sob esse aspecto, de uma solução político-criminalmente adequada aos fundamentos que devem nortear um conceito de dolo apto a exercer de modo preciso a função de reproche que lhe cabe num direito penal preocupado em evitar e desestimular a violação a bens jurídicos, objeto exclusivo de sua proteção.

## 6. BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte geral I*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. Barcelona: José María Bosch Ed., 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Direito penal – Parte geral*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008.

DELMANTO, Celso et alii. *Código Penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DÍAZ PITA, Maria del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

ENGISCH, Karl. *Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Berlin: Otto Liebman, 1930.

FRANK, Reinhard. *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. 18. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1931.

FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag KG, 1983.

GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à "distinção entre dolo e culpa" de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. São Paulo: Manole, 2004.

_____. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Dolo sem vontade. In: DIAS; Augusto Silva et alii (orgs.). *Liber Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º aniversário – Estudos de direito e filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *Um panorama da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HERZBERG, Rolf Dietrich. Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – Ein Problem des objektiven Tatbestandes. *Juristische Schulung*. München: C. H. Beck, 1986.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general*. 2. ed. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. vol. 1.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal I*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

KAUFMANN, Armin. Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze. In: _____. *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag, 1982.

LACMANN, W. *Die Abfgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgezetzbuch, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 31*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1911.

LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1987.

MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal – Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Barcelona: J. M. Bosch, 1998.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal I*. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri/SP: Manole, 2004.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. n. 7. p. 1891-1898. Madri: La Ley, 2002.

_____. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Jose Maria Bosch Ed., 1999.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. München: Verlag C. H. Beck, 2006.

SAUER, Wilhelm. *Derecho penal – Parte general*. Trad. Juan del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Die Granze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (*dolus eventualis* und bewu te Fahrlässigket). *Juristische Ausbildung*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1980.

SCHRÖDER, Horst. Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs. *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1949.

SCHÜNEMANN, Bernd. Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts. In: KAUFMANN, Arthur et alii. *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70 Geburtstag*. München, 1979.

SCHÜNEMANN. Bernd. Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. p. 195 e 439. 1986.

SOUZA SANTOS, Humberto. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coords.). *Temas de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Consideraciones sobre la prueba del dolo, de Ramon Ragués i Vallès – *RBCCrim* 69/129;
- Dolo eventual e culpa consciente, de Ingeborg Puppe – *RBCCrim* 58/114;
- Dolo eventual e culpa consciente, de Sérgio Salomão Shecaira – *RBCCrim* 38/142; e
- Sobre a estrutura monista do dolo: uma visão crítica, de Carlos María Romeo Casabona – *RCP* 3/7.

60949

# 4 REPUBLICANISMO PENAL E LIBERDADES PÚBLICAS: SOBRE OS LIMITES DA FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO PENAL

*Penal republicanism and public liberties: about the limits of the promotional function of penal law*

JOÃO PEDRO CHAVES VALLADARES PÁDUA

Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado e Doutorando em Estudos da Linguagem pela PUC-RJ. Professor de Direito Processual Penal da UFF. Ex-professor de Direito Penal da UFRJ. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Filosofia

RESUMO: O problema da filosofia do direito penal é tradicionalmente relegado a segundo plano nos debates doutrinários (brasileiros e estrangeiros). Na maioria das vezes, os pressupostos filosóficos que dão base para as construções analíticas de todas as vertentes da teoria do direito penal (teoria do fato punível, teoria da pena, teoria do bem jurídico etc.) ficam recalcados nas diversas posições e investigações sobre o assunto, produzindo efeitos sem que os seus autores tomem consciência disso. Todavia, recentemente, alguns trabalhos procuraram tratar desse problema. Dentre estes trabalhos, destacam-se os que procuram relacionar as pesquisas da filosofia política contemporânea com o direito penal. No presente artigo, procuro analisar alguns desses trabalhos, com foco sobre propostas de aplicar a teoria do republicanismo para trazer à tona e

ABSTRACT: The issue of the philosophy of penal law is traditionally left on the backstage in the current academic debates (both Brazilian and foreign) on doctrine. Most of the time, the philosophical assumptions on which the analytical premises of all the branches of penal law theory (theory of punishable fact, theory of punishment, theory of the legal interest etc.) are based on, are reflected on the various positions and studies on the subject, having an effect unbeknownst to its authors. Even recently, some studies tried to approach this issue. Among these writings, those that seek to link research on current political philosophy and penal law stand out. In this article, I intend to analyze some of these writings, focusing on propositions to apply the theory of republicanism, to bring to the forefront

criticar os pressupostos filosóficos do direito penal contemporâneo, bem como para propor outros pressupostos e modelos teóricos que seriam mais corretos e mais virtuosos politicamente. A conclusão deste artigo vai no sentido de que o marco do republicanismo não serve, em geral, para reformar a teoria do direito penal internamente, mas fornece passos importantes, como ideia regulativa, para a avaliação normativa (externa) do direito penal e de sua teoria como fenômenos sociais e como parte do ordenamento jurídico como um todo. Considerações também são feitas à inserção sistêmica do direito penal, como um ramo dedicado só e integralmente ao ato ilícito, dentro da divisão de tarefas do sistema jurídico como um todo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Republicanismo – Direito penal – Filosofia política – Filosofia penal – Ilícito.

and criticize the philosophical assumptions of contemporary penal law, as well as to propose other assumptions and theoretical models that would be more appropriate and politically virtuous. This article concludes that the framework of republicanism is not good, in general, to reform the theory of penal law internally; instead, it provides important steps as a regulatory idea, for the normative (external) evaluation of penal law and its theory, as social phenomena and as part of the legal system order as a whole. Further consideration is also given to the systemic insertion of penal law, as a branch of the legal system entirely dedicated to illicit acts, within the task division of said legal system as a whole.

**KEYWORDS:** Republicanism – Penal law – Political philosophy – Penal philosophy – Illicit.

SUMÁRIO: 1. Introdução e colocação do problema – 2. Dois sentidos do republicanismo penal: 2.1 Neo-republicanismo e comunitarismo: é possível separar o político do ético-social? – 3. A superação do promocionalismo e o caráter coercitivo do direito penal – 4. Conclusão prospectiva – 5. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO E COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O direito penal nasceu como um ramo do direito cunhado para o ilícito. Ao incorporar os *crimina* e *delicta* romana, inicialmente indistintos entre ilícitos civis e penais (segundo a perspectiva moderna), o direito penal herdou do direito civil romano somente a parte do descumprimento dos deveres de conduta impostos pela ordem jurídica. Assim, se no direito civil passaram a conviver a organização da vida das trocas interpessoais, junto do regulamento das condutas que descumprissem esta organização normativa, no direito penal o ponto de partida é o descumprimento da ordem jurídica. É sua razão mesma de existir; donde, a famosa assertiva atribuída a v. Lizst: "o Código Penal é a Magna Carta do criminoso".

"(...) Inserido nos lindes de um ramo do Direito identificado quase exclusivamente com a função sancionatória, com o exercício do direito subjetivo penal do Estado – *ius puniendi* –, o ato ilícito penal cedo ganhou cores nos ordenamentos jurídicos. Galgou sistematicidade: passou de mera expressão da vingança privada de indivíduos e seus clãs, passeou pela justificativa divina,

enveredou-se pela vingança pública e atracou na elaboração mais ou menos científica que lhe deram os reformadores, ávidos por dele banir o arbítrio e a crueldade estatal, ao que se aditou a contribuição dos positivistas italianos, com seu enfoque sobre a pessoa do delinquente. Das desventuras e influxos que amoldaram o direito penal até os dias de hoje, destaca-se a particularidade de ter sido, somente em Roma, realmente diferenciado do direito civil. Na verdade, há aqui metonímia: o ato ilícito penal diferenciou-se do civil, através das categorias *crimina* e *delicta*, respectivamente (...)."[1]

O direito penal, ramo por excelência do ilícito, tem, então, como sua principal e específica função – sistêmica, mas também democrática – operacionalizar em último grau aquele que é o binômio fundamental (e constitutivo) do direito como um todo: o que opõe lícito e ilícito.[2] De fato, já de há muito a teoria do direito que inaugurou o direito como ciência positiva – a tradição principalmente inglesa da jurisprudência analítica –, nascida do utilitarismo e focada nas normas de conduta, anunciava a coerção como elemento indispensável do direito. A sanção, nesta perspectiva, é o complemento deôntico necessário do arquétipo normativo do direito: a norma de conduta.[3]

---

1. Cf. PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. *O ato ilícito na teoria geral do direito: elementos para uma teoria geral do ato contrário ao direito*. Monografia de bacharelado em Direito, Rio de Janeiro, PUC, 2004. p. 60.

2. A ideia fundamental aqui é de Habermas, que, no ponto, reconstrói ideia original luhmanniana criada com outros propósitos teóricos. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. 4.th printing. Trans. William Rehg. Cambridge: MIT, 2001. p. 143-144 e 255. No ramo penalista, compartilha e expõe a ideia CHAMON JR., Lúcio Antônio. *Teoria constitucional do direito penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 60-69 e 137 et seq.

3. Note-se, no entanto, que uma influência utilitarista que vem desde Bentham, fez que a teoria do direito atrelasse demasiado fortemente a coerção/sanção com o próprio conceito de norma de conduta, formando um todo unitário e analiticamente indissociável. Isto, como se verá mais adiante, despreza a função principal do Direito nas sociedades pós-tradicionais: a coordenação social através da linguagem jurídica – portadora de legitimidade –, na qualidade de ponte entre mundo da vida e sistemas sociais materiais. Uma reconstrução epistemológica e ontológica da jurisprudência analítica encontra-se já em PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. Teoria do direito e teoria da ciência do direito: por uma metodologia hermenêutico-racional da jurisprudência. *Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro. Teoria Geral do Direito*. Para uma exposição sistemática e propedêutica ao que venho chamando neste trabalho de moderna teoria do direito, cf. SGARBI, Adrian. *Clássicos da teoria do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Portanto, ao mesmo tempo que o direito, como um todo, histórica e analiticamente, só tem sentido (prático) a partir do código binário lícito-ilícito, em função do qual os demais códigos binários – válido-inválido, legal-ilegal, existente-inexistente – se estruturam, a especialização de um ramo do direito apenas para a delimitação da última fronteira da licitude, o direito penal, significa duas coisas. De um lado, representa o reconhecimento dogmático, e logo político, de que atos ilícitos parciais devem, *prima facie*, ter consideração específica nos ramos cujas normatizações violam. Do ponto de vista sistêmico, porque ali recebem melhor tratamento e aplicação normativa, segundo um meio de coerção talhado para a lógica específica do direito violado. Já do ponto de vista da legitimidade, o legado civilizatório da modernidade iluminista,[4] ao menos neste ponto, fez ver que usar o direito penal implica sempre danos sociais e abalos às pessoas e grupos sociais envolvidos, por vezes de monta igual ou superior ao gerado pela própria violação da ordem jurídica pelo ato ilícito; daí a necessidade de parcimônia com a coerção extrema que se veicula através deste ramo do direito.[5]

De outro lado, a especialização de um ramo do direito para cuidar do ilícito significa reconhecer que há atos ilícitos que atingem a ordem jurídica como um todo, ainda que por intermédio de atos parciais ou também violadores de (sub)ordens parciais. O que quer dizer que, ao especializar-se na delimitação da fronteira do ilícito de modo global, o direito penal age como protetor último do próprio ordenamento jurídico, em sua validade deontológica.

Nesse ponto, o direito penal parece ter sido tributário da maior complexificação social operada, principalmente, a partir da passagem dos Estados absolutistas para os Estados-nação liberal-burguesas, nos quais novas esferas de autonomia privada, econômicas e político-sociais, geraram novas demandas por sistemas de funcionalização da vida social (e novos mecanismos de coor-

4. Uma tentativa de reconstrução contemporânea deste legado quanto ao direito penal e sua aplicação prática foi o que tornou famosa a *magnum opus* de Ferrajoli. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et alii. São Paulo: Ed. RT, 2002.

5. Embora seja verdade que o direito penal privado romano, que tinha uma de suas primeiras e principais fontes na Lei das Doze Tábuas permitia o esquartejamento ou a escravização do devedor insolvente como medida de execução forçada civil, ao passo que não previa senão multa ou castigos leves para um ladrão, por exemplo. Cf. MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Trad. Pedro Dorado Montero. Bogotá: Temis, 1999.

denação social, que, a um só tempo, respeitassem essas esferas de autonomia, mas também as impedissem de consolidar-se em anomia).[6-7]

Com a decomposição técnica do fenômeno jurídico em diversas subpartes (os "ramos do direito"), semiautônomas funcional e teoricamente, ao direito penal restou a identificação e tratamento jurídico das consequências a serem atribuídas a atos ilícitos que atingissem a própria base deontológica do direito como um todo (seja diretamente, como no caso do homicídio; seja indiretamente, através de uma ilicitude de segundo grau, como no caso da sonegação fiscal, ilícito tanto penal, quanto administrativo/fiscal). Para isso, o direito penal passou a contar não só com um *tipo sancionatório exclusivo* (mas não único) – a pena privativa de liberdade –, mas também com *uma linguagem institucional específica* – a da norma penal incriminadora –, geradora, por sua vez, de uma *lógica jurídica específica* – a lógica do relevante/indiferente penal.

Juarez Tavares foi, talvez, quem no Brasil mais lucidamente percebeu essa característica de delimitação da zona última de ilicitude pelo direito penal e, também, que melhor fez daí derivar as repercussões dogmáticas e político-criminais pertinentes.[8]

"O que interessa (...) é determinar com absoluta precisão as linhas demarcatórias do proibido e do imposto, do autorizado ou do juridicamente irrelevante. Isso se faz não apenas definindo a conduta criminosa ou passando a conduta concretamente realizada ao crivo dessa definição, em face do binômio proibição ou imposição/autorização, com também retratando seu autor como

6. A visão de complexificação social brevemente invocada aqui vem do pensamento filosófico-social de Jürgen Habermas. Cf. HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Trans. Thomas McCarthy. Boston: Beacon, [1981] 1989. vol. 2: lifeworld and system. p. 301 et seq.

7. Aliás, é justamente por ter-se criado (indutivamente) a partir da resolução local de casos concretos, nascidos dos conflitos interpessoais, que o direito romano, quando ainda não sistematizado por um conjunto normativo abstrato e geral – nomeadamente no chamado período clássico – tratava a transgressão das regras de conduta, especialmente as morais, indistintamente como um só e único conceito de ilícito. A distinção entre espécies de ato ilícito (civil e penal, primeiro; depois administrativo, disciplinar, eleitoral etc.) é posterior. É, quanto a isso, paradigmática a divisão entre direito penal privado – que envolvia o que hoje se chamaria furto, lesão corporal, estelionato – e direito penal público – que envolvia crimes contra o Estado, e, num segundo momento, homicídios. Cf. MOMMSEN, Teodoro. Op. cit.

8. Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 111 et seq.

indivíduo, a fim de não se confundido como objeto de uma política discriminatória e como sujeito de direitos (...)."[9]

Por outro lado, André Copetti, ao cunhar o conceito de *redes sancionatórias*,[10] também percebeu a impossibilidade bem compreender o direito penal e seu específico objeto de regulação deontológica, salvo se, de um ponto de vista estrutural, uma rede de relações de aproximação e exclusão[11] – e de tradução e comunicabilidade – se opere dentro nos diversos tipos de ilicitude presentes no direito.

Pois é a partir da conjugação destas duas ideias – direito penal como última delimitação de ilicitude do ordenamento jurídico e como articulador de uma rede de aplicação legítima do mecanismo coercitivo do direito – que se pode colocar e desenvolver, ainda que inicialmente, a inserção do republicanismo no direito penal.

## 2. DOIS SENTIDOS DO REPUBLICANISMO PENAL

Procurando adaptar para o campo do direito penal – e de sua filosofia – um debate da filosofia política contemporânea, André Copetti identifica dois grandes polos contrapostos quanto à base filosófica a animar as respectivas concepções do limite e sentido do direito penal, especialmente do ponto do vista da construção dos sentidos comuns necessários à tarefa da dogmática penal.[12] Utilizando a ideia dogmático-constitucional da constituição compromissária, Copetti identifica os termos da controvérsia de sentidos normativos ínsita ao direito penal contemporâneo:

---

9. Idem, p. 117-118.

10. Cf. COPETTI, André. Direito penal e democracia: perspectivas para efetivação democrática através do sistema punitivo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Direito, Estado e Democracia: entre a (in)Efetividade e o Imaginário Social*. vol. 1. n. 4. p. 39-54.

11. Ou, como colocou um dos primeiros e mais importantes estruturalistas, o linguista Ferdinand de Saussure, relações sintagmáticas – ou de solidariedade – e paradigmáticas – ou de intercâmbio. Cf. SAUSSURE, Ferdinad de. *Curso de lingüística geral*. Organizado por Charles Bally e Albert Sechehaye. São Paulo: Cultrix, 2004.

12. Uma intuição muito interessante sobre a necessidade – cuidadosamente vigiada – do pensamento dogmático como estoque de sentidos comuns vem de COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais*. vol. 1. n. 3. p. 37-44.

"De um lado, a forte demanda social da população por segurança pública e pela perseguição implacável às mais diversas classes de delinquentes; de outro a estrutura normativa constitucional indica a possibilidade da tutela penal de um novo rol de bens positivados e, paradoxalmente, algumas alternativas de redução do poder penal do Estado; num terceiro flanco (*sic*), não se pode esquecer que, em função dos dois fatores anteriores, os representantes políticos estão a apresentar diferentes alternativas de medidas legislativas que vão desde propostas de descriminalização, de despenalização ou outras de redução do aparato estatal repressivo, até as mais violentas e absurdas sugestões de penas perpétua ou de morte; por fim, aparecem os acadêmicos e operadores jurídicos que se dividem entre os que advogam um direito pena mínimo, ou, em sentido contrário, uma atuação estatal máxima."[13]

A teoria dos fins do direito penal sempre se tratou no capítulo dogmático dedicado à teoria da pena.[14] Desde a sistematização da teoria do direito penal, a partir da Escola Clássica, e logo com a primeira escola causalista de v. Lizst e Belling,[15] a teoria dos fins da pena se confundia com o debate sobre os fins do direito penal como um sistema repressivo, ou, tal qual dele tratamos aqui, como um sistema dedicado exclusivamente à última delimitação da licitude. Como, de certa maneira, a teoria da pena é – ou vendo sendo tratada como – compartimento (semi-)hermético em relação à teoria do crime,[16] a influência das diferentes concepções de fundo sobre o real *sentido* – em toda a ambiguidade do termo – do direito penal, presentes nos

13. COPETTI, André. Por uma (neo)filosofia política constitucional do direito penal: uma exigência fenomenológica do Estado Democrático de Direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)Constitucionalismo: ontem, os Códigos; hoje, as Constituições*. vol. 1. n. 2. p. 18. O tema é retomado, com outra pretensão teórica, em COPETTI, André. Direito penal e democracia... cit.

14. Cf. QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal: legitimação* versus *deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

15. Esta evolução é já de domínio comum entre os cultores do direito penal. Cf., por todos, TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 128 e ss.; CHAMON JR. Lúcio Antônio. Tipo e discurso no direito penal: continuidades e descontinuidades, desde Belling até os dias de hoje. In: _____. *Teoria constitucional do direito penal*... cit., p. 3-19.

16. A primeira honrosa exceção se constitui, talvez, com o funcionalismo teleológico-racional de Roxin, embora sob o mui problemático influxo da "jurisprudência dos valores" (*Weltjurisprudenz*) alemã. Cf. ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. *RBCCrim* 35/13-27; e GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: _____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1 et seq.

trabalhos dos diferentes penalistas que compuseram a dogmática penal que recebemos, acabam ficando escamoteadas no fundo das teorias do crime, tal como um *recalcado*:[17] investidas na produção teórica, produzem efeitos sobre todo o corpo das teorias; porém, retiradas do foco do discurso, operam *por detrás dele*, não problematizadas e, portanto, sem que deixem perceber os efeitos impostos.

Copetti, aparentemente, contudo, percebe esta lacuna teórica insuportável no estudo do direito penal e do complexo ilícito-sanção,[18] ao propor a sistematização das concepções filosóficas (recalcadas ou não) que animam a teoria penal em dois grandes ramos contrapostos, já identificados, no debate

17. O conceito, obviamente, é extraído da psicanálise e habitou já os primórdios da metapsicologia freudiana. Cf. FREUD, Sigmund. O ego e o id. In: _____. *Edição standard das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Dir. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996. vol. XIX. p. 25-80. Alguns bons estudos de metapsicologia aplicada ao campo do delito e da repressão encontram-se em COSTA, Jurandir Freire. *Violência e psicanálise*. São Paulo: Ed. Graal, 2003.

18. Para ser justo, preciso dizer que, já desde o final do século XX, possivelmente (im) pulsionada pela angústia que as incertezas da globalização provocavam na civilização como um todo, a doutrina penalista já se servia da filosofia política e social para problematizar suas próprias direções teóricas. Talvez um dos mais destacados penalistas nesta área seja o português Jorge de Figueiredo Dias. No entanto, mesmo neste autor, as mudanças verificadas e julgadas necessárias, são reinseridas no sistema penal pela via do conceito lisztiano de "ciência conjunta do direito penal" (*Gesamtestrafrechtswissenchaft*). Como consequência, toda a riqueza do debate de fundo fica circunscrita à categoria intrassistêmica da "política criminal". Isso gera, antes do mais, ao invés de uma porta de legitimação democrática, uma permanente fonte de disfunção da própria dogmática do direito penal, que, devendo embora guardar os sentidos mínimos de interpretação compartilhada do direito penal, acaba por se torcer e dobrar ao influxo de valores e concepções políticas particulares de grupos de teóricos do direito penal – os quais, de resto, como destaco no corpo do texto, não costumam chegar a consensos sequer parciais, as mais das vezes. Tal como no caso da judicialização da política, há aqui a constituição – bem-intencionada, não há dúvida – de uma *tecnocracia jurídica* que domina os rumos da política criminal, *de dentro* do sistema penal. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade de risco". *RBCCrim* 33/39-66 e, antes, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999. Sobre a tecnocracia jurídica, cf. PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. Judicialização da política e substituição tecnocrática: um réquiem para a democracia? *Cadernos do Departamento de Direito da PUC-RJ* (pós-graduação). Ana Luiza Saramago Stern et al (orgs.). p. 64-74. Rio de Janeiro: PUC-RJ, jul.-dez. 2008.

constitucional, pela filosofia política contemporânea, especialmente a anglo-germânica: de um lado, adeptos do que ele chamou de direito penal mínimo – os *liberais* penais; de outro, os adeptos do que ele chamou de direito penal máximo – os *comunitaristas* penais.[19]

Esta distinção concorda com a que, no Brasil, primeiro apontou Gisele Cittadino[20] e que teve sistematização no âmbito do debate americano-europeu com a obra jurídica de Jürgen Habermas[21] – ambos do ponto de vista da filosofia política e constitucional, como já dito. Nesta primeira sistematização, os conceitos *comunitarismo* e *republicanismo* são tomados como sinônimos – exceto, aqui e ali, para efeito de fixar o(s) autor(es) específicos que dialogam nesse debate, e que, por vezes, preferem se chamar comunitaristas ou republicanos. É este o primeiro sentido a ser levantado do conceito de republicanismo, para o escopo do debate filosófico-penal.

Um outro sentido de republicanismo, talvez até mais específico e cronologicamente anterior, vem do movimento neo-republicanista da filosofia política (predominantemente europeia) do final do século XX, com os olhos voltados para o resgate de uma tradição teórica (republicana) que vem dos historiadores romanos, passando por Maquiavel. Esse (neo-)republicanismo se preocupa(va), antes de tudo, com a revisão da ontologia política da liberdade, não com problemas de coordenação social e formação da identidade política em termos de inserção comunitária e compartilhamento de valores – que é a agente principal posta em questão pelos republicanos comunitaristas. Por essa razão de polissemia conceitual, André Berten subdivide a tradição republicana em vários grupos de pensadores.

"Se o republicanismo nos coloca diante de uma questão intrigante, é por acreditar que uma motivação puramente política seria suficiente para mobilizar os cidadãos a serviço do bem comum (...).

Este aspecto especificamente político nos permite fazer uma distinção entre o republicanismo clássico e o humanismo cívico, na medida em que este último tende a considerar que o engajamento político corresponde a uma concep-

19. Também Enzo Bello procura aprofundar, especificamente do ponto de vista da teoria do bem jurídico-penal, a celeuma entre liberais e comunitaristas aplicada ao campo penal. Cf. BELLO, Enzo. *Perspectivas para o direito penal e para um Ministério Público republicano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 79 et seq.

20. Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

21. Cf., principalmente, HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*... cit.

ção do bem ou encerra, em si mesmo, um valor moral. Segundo este ponto de vista, o humanismo cívico aproxima-se do comunitarismo."[22]

Berten, então, identifica o republicanismo clássico – a que chamarei aqui, *neo-republicanismo* – com autores como Quentin Skinner e Philip Pettit, enquanto ao "humanismo cívico" – que venho chamando de *comunitarismo* ou *republicanismo comunitarista* –, liga autores como Charles Taylor.

Obviamente, uma questão interessante que terei de deixar de lado, aqui, é sobre a possibilidade de edificar uma teoria "puramente" política da liberdade, em termos de participação política (como querem os neo-republicanos), prescindindo especificamente das condições – ético-morais – de viabilização desta virtude política (as concepções compartilhadas de bem, dos comunitaristas), como processo e como resultado. Em todo caso, importa, aqui, caracterizar, rapidamente as duas linhas da tradição republicana, a fim de averiguar analiticamente até que ponto elas podem se inserir – ou não – no escopo e no debate filosófico sobre a teoria do direito penal.

### *2.1 Neo-republicanismo e comunitarismo: é possível separar o político do ético-social?*

O neo-republicanismo,[23] como constantemente insiste um de seus principais autores, Philip Pettit,[24] nasce como uma resposta à concepção (negativa) de liberdade dos liberais clássicos, que a identificavam na ideia de não intervenção do poder nos desígnios individuais. Oriunda não do modelo grego (tradicionalmente invocado pela filosofia política ocidental cunhada na Modernidade), mas do modelo romano[25] e de sua tortuosa recepção europeia nos umbrais do liberalismo e do utilitarismo,[26] o neo-republicanismo se funda sobre o conceito,

22. BERTEN, André. Republicanismo e motivação política. In: MERLE, J. C.; MOREIRA, L. *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p. 21.

23. Cf., no que segue, BERTEN, André, op. cit. Obviamente, a reconstrução do neo-republicanismo aqui feita é bastante limitada e instrumental para o argumento de fundo, o que é natural em vista do escopo do presente trabalho. Além das demais obras citadas, uma reconstrução mais profunda se encontra em BELLO, Enzo. Op. cit., p. 259 et seq, embora este autor não adote a dualidade (neo-republicanismo/comunitarismo) aqui esposada.

24. PETTIT, Philip. Democracia e contestabilidade. In: MERLE, J. C.; MOREIRA, L. *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p. 370 et seq.

25. Cf. BUTTLE, Nicholas. Republican constitutionalism: a roman ideal. *The Journal of Political Philosophy*. vol. 9. n. 3. p. 331-349.

26. Cf. SKINNER, Quentin. Estados livres e liberdade individual. In: MERLE, J. C.; MOREIRA, L. *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p. 212-230.

cunhado novamente por Pettit, de liberdade como *não dominação*. Portanto, não é mais a coerção física ou moral – e, pois, a própria atuação normal do Estado – o modelo de ausência de liberdade, senão que ausência de liberdade é, na verdade, heteronomia e dependência política. Um indivíduo, um cidadão, pode ser fisicamente livre para agir, mas encontrar-se na insegurança da resposta do poder à sua ação – porque não há normas jurídicas claras e prévias de conduta, por exemplo –, ou ainda, na dependência da atuação do poder para legitimar ou aprovar seus atos, sem que ele tenha participação nos mecanismo desta legitimação. Um vínculo essencial entre lei, poder e participação política em torno da ideia de cidadania é um pressuposto necessário do neo-republicanismo. Para a efetivação da liberdade como não dominação, é preciso que a democracia preveja e mesmo incline o cidadão à participação política perene, não somente pelo sufrágio:[27] ou seja, é preciso que seja institucionalmente exigida e facilitada como virtude *política*, dissociada da virtude *moral*.

O comunitarismo (ou humanismo cívico, na expressão de Berten), que também, por vezes, reclama ou recebe a alcunha *republicanismo*, por outro lado, concordando com a necessidade da virtude e da participação política como pressuposto da liberdade, investe, no entanto, numa perspectiva filosófico-moral que transcende a esfera política. Autores como Charles Taylor, Michael Walzer e Frank Michelman insistem na necessidade de que uma teoria da deliberação política – e, logo, também da participação política – não descuide dos mecanismos de formação política da vontade e da opinião. Estes, por sua vez, ligam-se, necessariamente, à inserção comunitária dos sujeitos políticos, que, se não compartilham valores com grupos sociais a partir dos quais cunham sua identidade psicossocial, deixam de ter possibilidade de exercitar *qualquer* virtude cívica, na carência que lhes atinge de formação autônoma – entendida não como autonomia privada, mas como autonomia pública.[28] Dessa ênfase em valores (ou concepções de bem)[29] compartilhados em locais sociais que se for-

27. Note-se que na poliarquia de Dahl, os termos democracia e republicanismo eram tomados por sinônimos. Cf. DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.

28. Esta temática é, principalmente, de Taylor, inclusive com apoio explícito na metapsicologia freudiana, a primeira teoria a trabalhar com a interdependência entre psiquismo individual e atuação coletiva. Cf. TAYLOR, Charles. La política de reconocimiento. In: _____. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1993. p. 43-107. Sobre a teoria social de Freud, embora não de uma perspectiva comunitarista, cf. ENRIQUEZ, Eugène. *De la horde à l'état: essai de pscychanalyse du lien social*. Paris: Gallimard, 1983.

29. Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*... cit., passim.

ma, a partir desse compartilhamento, como *comunidades*, é que vem o conceito e a rotulação de comunitaristas.

A origem comum, todavia, desta tradição com a formação da paradigmática república norte-americana e a influência que o comunitarismo – republicano, sem dúvida – de Rousseau exerceu sobre muitas intuições destes autores, os trouxe próximos do republicanismo, conquanto sob outro enfoque. Cittadino,[30] ao unir Bruce Ackerman com os comunitaristas, faz a ressalva de ser ele mais bem caracterizado como um defensor do "constitucionalismo patriótico" ou do "patriotismo republicano". Também Habermas[31] opõe, para a consideração do direito nas sociedades contemporâneas, um *liberalismo* derivado da filosofia da consciência de Kant a um *republicanismo*, derivado da filosofia coletivista de Rousseau.

Em verdade, parece que a temática republicana dificilmente se desvencilha da perspectiva mais holista na teoria social, embora a sua tentativa seja justamente a de dissociar o político do moral, ambas (supostamente) fontes alternativas e dissociadas de virtudes normativas. A intuição já durkheimiana de uma consciência social coletiva – geradora, justamente, de um *individualismo moral*, por oposição ao utilitarista[32] – parece, sob todos os ângulos, a suposição teórica inafastável da possibilidade de apelo a uma virtude cívica – mesmo que se lhe queira chamar de "virtude puramente política". Neste sentido, conforme argumenta Taylor, sem uma formação de identidade a partir do pertencimento a uma comunidade de valores compartilhados – ou seja: sem a influência do outro, porém igual – conclamar a participação política como antítese do arbítrio e da heteronomia acaba por se tornar receita pessoal para um bom governo abstrato, em vez de teoria social e política da democracia contemporânea.

Por outro lado, a insistência neo-republicana no debate histórico com liberais e utilitaristas e no resgate do romanismo – quando, em Roma, a separação indivíduo-sociedade civil-estado, nos moldes modernos, ainda não era sequer vislumbrada[33] – tornam-nos indiretos devedores de Rousseau, na luta contra o atomismo social dos demais filósofos políticos do iluminismo. Assim que,

---

30. Idem, p. 153.

31. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*... cit., p. 84 et seq e p. 267 et seq.

32. Cf. DURKHEIM, Émile. O individualismo e os intelectuais. In: _____. *A ciência social e a ação*. São Paulo: Difel, 1975. p. 235-246. Neste texto, Durheim mesmo assimila à sua concepção de individualismo a de Kant e Rousseau.

33. Cf. JAFFRO, Laurent. Ética e moral. In: BOYER, Alain et al. *Ensaios de filosofia política*. Trad. Fulvia Moretto. São Leopoldo: Unisinos, 2001. p. 115-176 (tratando mais da

sob este ponto de vista, a aproximação entre o republicanismo e a democracia deliberativa habermasiana, tal com a tenta estabelecer Enzo Bello, embora não falsa, mostra-se equivocada.

A ideia da fusão da autonomia privada e da autonomia pública presente em Habermas[34] implica a superação da dicotomia individualistas-holistas, ou liberais-comunitaristas, tal como, a princípio, o neo-republicanismo faz com a ideia de liberdade como não dominação. Ocorre que a excessiva ênfase na virtude política da participação cidadã, vista de uma perspectiva predominantemente institucional acaba por esvaziar os problemas sociais de coordenação interpessoal e por transformar a própria participação política, quer numa quimera irrealizável, quer numa imposição de cima – e, pois, numa nova forma de dominação.[35]

A crítica que os primeiros seguidores da democracia deliberativa dirigiam à perspectiva institucionalista[36] parece poder dirigir-se, de algum modo, ao neo-republicanismo: a falta de uma *teoria normativa da democracia* que ligasse o exercício da discussão ética e da discussão moral, como tais, à produção institucional de opinião e de vontade resultava sempre numa perspectiva parcial da democracia, ainda que sob a égide do republicanismo.[37]

O republicanismo, então, a fim de tentar-se aplicar ao direito penal, teria, primeiro de resolver suas próprias aporias teóricas internas, de modo que ligasse uma teoria social a uma teoria da participação política como condição da liberdade, segundo a ideia reguladora do processo político totalmente democrático. E teria de fazê-lo ao mesmo tempo que evitasse a tentação de que, para afastar discussões espinhosas e irresolvidas da filosofia política, descambasse

---

Grécia do que de Roma, mas comparando a concepção de ética e moral vigente na antiguidade com a vigente na modernidade, a partir da noção de autonomia individual).

34. Cf., no que segue, especificamente, HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*... cit., passim.

35. Veja-se a proposta de Pettit de forçar determinadas camadas a participar de eleições, caso não estejam interessados em participar, em PETTIT, Philip. Op. cit., p. 375.

36. Cf. BOHMAN, James; REHG, William. Introduction. In: _____; _____. *Deliberative democracy*. Cambridge: MIT, 1997. p. ix-xxvii.

37. Este tipo de dificuldade fica clara na conclamação, também de Pettit, para que determinados assuntos – tais como a política criminal – muito sujeitos ao populismo midiático fiquem fora do debate e da contestação política propriamente ditos; deveriam eles sujeitar-se a "grêmios autônomos, baseados em informações profissionais e imunes ao brilho ofuscante e à pressão do debate público". Cf. PETTIT, Philip. Op. cit., p. 381.

para uma teoria puramente institucionalista e funcional da democracia, a qual começaria já por desmentir os apelos normativos da boa ordenação social invocados pelo modelo romano revisitado.

Vem desta dificuldade interna da tradição republicana a complexidade da tarefa de aplicá-la ao direito penal. Se, por um lado, está clara a polarização entre individualistas e holistas na consideração tanto das funções da pena quanto dos processos de criminalização e descriminalização, conforme exposto acima; por outro lado, a proposta de transformar o direito penal num entreposto neo-republicano de promoção de liberdade política também parece fadado ao fracasso – teórico e prático.

## 3. A SUPERAÇÃO DO PROMOCIONALISMO E O CARÁTER COERCITIVO DO DIREITO PENAL

À oscilação da teoria do direito penal entre individualismo e holismo – ou, nas palavras de Coppeti (ver acima), entre liberalismo e comunitarismo –, procurou Enzo Bello opor uma síntese orientada pelo neo-republicanismo.

"(...) pode-se compreender o direito penal sob um novo prisma: ele deixa de ser invocado em nome da promoção dos direitos fundamentais e do interesse público, que na verdade são manejados como símbolos beneficentes a grupos sociais dominantes; e passa a tutelar os bens jurídicos que realmente proporcionem o desenvolvimento da participação política ativa e que correspondam aos interesses do autogoverno dos cidadãos."[38]

Embora seja desejável o apontar a necessidade de desvincular, ao menos no plano teórico, a teoria do bem jurídico-penal – se é que tal teoria deve persistir tal como se apresentou em sua evolução dogmático-filosófica até hoje[39] – e, com ela, também a teoria dos fins do direito penal, e, como ela, também toda a teoria penal, das posições substantivas, seja do individualismo, seja do holismo, há, também, sem dúvida, dois problemas fundamentais com a sua substituição pela do neo-republicanismo.

De um lado, a vinculação da teoria do bem jurídico-penal e dos fins do direito penal com alguma forma de republicanismo moderno gera o já anali-

38. BELLO, Enzo. Op. cit., p. 278-279.

39. Para uma crítica habermasiana, cf. CHAMON JR., Lúcio Antônio. Op. cit., passim; para uma chamada para a revisão no marco da própria teoria penal teleológico-funcional e racional alemã, cf. GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCCrim* 49/89-147.

sado problema do dilema entre substancialismo comunitarista (republicanismo comunitarista/humanismo cívico) e o institucionalismo republicano (neo-republicanismo), uma vez que o apelo à liberdade como não dominação e a promoção necessária da participação política ativa não se pode fazer sem uma teoria da ação e da coordenação social das ações interpessoais.[40] Claramente, neste ponto, Bello – e outros republicanistas tais como Streck[41] – tem de aderir aos pressupostos mais afeitos ao comunitarismo. Sem esta adesão, haja vista que trata de fundamentos de normas de conduta humana ilícita – e não de formas de participação política ativa –, e, bem assim, também, forçosamente, de *coordenação social das ações humanas*; sem isso não seria Bello capaz de edificar uma teoria do bem jurídico-penal, com vistas a uma teoria dos fins da pena: ou seja, das influências simbólicas e utilitárias que a pena criminal visa a operacionalizar.

Assim, claramente, Bello tem de partidarizar-se, afinal, mais com os holistas, quando dá prioridade a condutas que ofendam bens jurídicos transpessoalizados, coletivos ou imateriais – não ligados, de qualquer maneira, a pessoas humanas identificadas ou identificáveis.[42]

"Para tanto é preciso que seja reconhecida uma *inversão da criminalidade dos pobres pela criminalidade dos engravatados*. Esta sim, consiste em uma legítima materialização dos princípios democrático e republicano na construção de um direito penal verdadeiramente mínimo (...)."[43]

---

40. Como, de resto, fez questão de mostrar, ora implícita, ora explicitamente Habermas, que, ao escrever a sua teoria do direito contemporâneo, já vinha de mais de trinta anos de produção teórica no campo da teoria social da ação humana. Cf. HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action: reason and rationalization of society*. Trans. Thomas McCarthy. Boston: Beacon, 1984. vol. 1; HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action...* cit., vol. 2; e HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms...* cit., p. ix-xxxiv.

41. Cf. STRECK, Lenio Luiz. Da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)Constitucionalismo: ontem, os Códigos; hoje, as Constituições*. vol. 1. n. 2. p. 243-284.

42. Essa ligação, para o individualista – no sentido deste texto – Juarez Tavares, é pedra de toque da legitimidade da incriminação penal. Cf. TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 103 et seq.

43. BELLO, Enzo. Op. cit., p. 286. (grifo do autor) Está claro que a "criminalidade dos engravatados" se caracteriza pela lesão a bens jurídicos transindividuais; do contrário, tal afirmação não faria sentido no contexto de uma teoria do bem jurídico-penal, como a que Bello pretende avançar. Isso tudo em que pese ao esforço do próprio autor de se contrapor à teoria do direito penal comunitarista ou coletivista (cf. idem, p. 223-227).

Ademais, de outro lado, e mais elucidativamente, para edificar uma teoria *ex ante* da legitimidade da incriminação penal, Bello acaba tendo de – aparentemente em conflito mesmo com o institucionalismo dos neo-republicanos – eleger, *na qualidade de teórico*, os bens jurídicos dignos de tutela penal – ao menos em grandes grupos. A não dominação classista do direito penal pelos "detentores do poder" (político) converte-se em dominação teórica pelo jurista – ou, pior, pelo juiz, que, ao aplicar a lei penal, passa a ter a prerrogativa de determinar a legitimidade da incriminação com base em uma certa concepção (pessoal, comunitária, social, não importa) sobre quais bens jurídicos autorizariam a intervenção social do direito penal, no sentido da delimitação do campo última da ilicitude; ainda que tal determinação resulte na invalidação de lei passada republicanamente (no sentido de democraticamente) pelas instâncias competentes constitucionalmente.

Em verdade, portanto, em dois caminhos e por dois motivos, deve o teórico do direito penal democrático abster-se de formular, em sede técnica – bem como o juiz, em sede prática –, um conceito inexorável de funções do direito penal e de bem jurídico-penal.

Num primeiro caminho, se se quer levar a democracia – e mesmo o procedimento de república contestatória de Pettit – a sério, o teórico do direito, bem como o seu aplicador prático, precisam abster-se de determinar, *antes do processo* político-público de formação da vontade e da opinião, as opções políticas substantivas que os cidadãos e os formuladores em geral das normas jurídicas *precisam seguir* se quiserem atingir um determinado objetivo qualquer – especialmente se o objetivo for a consecução democrática. No contexto de um mundo pluralista, multicultural e de moralidade pós-convencional,[44] onde não há grandes estoques substantivos de consenso prévio disponíveis no contexto do mundo da vida,[45] o apelo a valores sociais ou comunitários

---

Note-se que tais críticas à suposta insuficiência da teoria penal comunitarista, apoiada principalmente em criminólogos crítico-marxistas, cinge-se à indicação da falha *prática* da aplicação da dita teoria no contexto do sistema penal brasileiro. Com isso, a evitação da crítica *teórica* diz muito acerca do necessário tributo posterior que a própria teoria de Bello tem de prestar aos comunitaristas, na forma expressa no presente texto.

44. Cf., para o debate, CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*... cit.

45. Cf., primeiro, HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*... cit., vol. 2, p. 172 et seq e passim, e, depois, HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*... cit., p. 17-28 e passim. Habermas (e, para este artigo, também eu) não está propondo o variável grau de consenso substantivo *local* que diferentes comunidades e segmentos sociais, em sentido amplo, possam ter concretamente. Porém, do ponto de vista da teoria so-

compartilhados por todos e o apego a concepções substantivas irrefutáveis, ao invés de promover a democracia, privilegiam uma visão social em detrimento de várias outras possíveis.

Não é possível determinar, *no plano da teoria*, qual ou quais bens jurídicos devem receber a tutela penal, mesmo que a título de preservar a democracia. A democracia só terá validade como tal, se consistir em procedimento no qual a mais ampla e permanente participação social seja proporcionada aos cidadãos, formal e informalmente. Este procedimento deve valer, de resto, para qualquer atividade político-normativa, inclusive a que dá origem e normas penais incriminadores e formula grande linhas de política criminal.[46] E a esta constatação, Bello já havia chegado (embora não lhe tenha tomado até o seu limite de profundidade teórica):

"Assim, apesar de nem sempre se atentar quanto a isso, há uma relação direta entre o conteúdo das tipificações penais – norte para o qual se volta a atuação dos órgãos estatais de prevenção e repressão à criminalidade – e as decisões legislativas e governamentais tomadas a esse respeito no exercício da soberania popular."[47]

Realmente, o direito penal será tão democrático quanto mais a maior parte da cidadania atingida pelo(s) resultado(s) dos processos de nomogênese puder participar deste processo.[48] Num modelo teórico ideal (tomado como ideia regulativa) esse movimento circular de legitimação que consolida a *autonomia* como a característica – kantiana na origem – de serem os *cidadãos autores e destinatários das suas próprias normas*.[49] E isso não tem diretamente que ver

---

cial (um ponto de vista "macro", se se quiser), esses eventuais maiores compartilhamentos substantivos locais, em termos de valores, normas morais e concepções ético-comunitárias, não devem ser levados em conta como a situação arquetípica. Além do mais, a sua existência traz maior facilidade e segurança da coordenação social, à custa de uma maior padronização normativo-social e menor tolerância à diferença. Não há, pois, caminho fácil aqui, nem descritiva, nem normativamente.

46. Daí por que a renovação da *Gesamtestrafrechtswissenchaft* proposta por Figueiredo Dias (cf. nota 16, acima) não pode prosperar enquanto as concepções político criminais do sistema sejam formuladas pelos teóricos e pelos aplicadores do direito e não abertas à participação popular.

47. BELLO, Enzo. Op. cit., p. 261-262.

48. Cf. GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no direito penal atual e no futuro. *RBCCrim* 24/79-92.

49. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*... cit., e CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de Poderes. In: WERNECK

com quais bens jurídicos o direito penal deve ou vai tutelar.[50] Tem, antes, que ver com *como se efetiva* o processo de estruturação e circulação do poder comunicativo dentro da sociedade política que se pretende democrática, de modo a legitimar, *pelo procedimento de formação política de vontade e opinião*, o resultado deste mesmo procedimento, ainda que seja em desfavor das concepções particulares de determinados grupos sociais – tais como, por exemplo, determinado círculo de teóricos do direito penal.

Nesta linha de constatação, as duas patologias sociais antidemocráticas[51] a evitar são a concentração de poder social nas mãos de grupos movidos pela ação estratégia,[52] que desemboca na manipulação da esfera pública política em prol de finalidades patrimonialistas – é o caso do *sensacionalismo midiático* em busca da cooptação da audiência –, de um lado; e a concentração do poder de decisão política nas mãos de *técnicos* – do direito e da criminologia, no nosso caso – que podem, sem mais, *desconsiderar o influxo da esfera pública política*, em prol de suas próprias concepções de bem e de seus próprios valores – é o caso da judicialização da política[53] –, de outro lado.

No mais, um segundo caminho, correspondente ao primeiro, pelo qual o teórico do direito penal não deve trafegar a pretexto de consolidar um sistema penal democrático, é o de investir em uma qualquer função promocional desse mesmo sistema, ou especialmente, em uma função de justiça distributiva. Como dito linhas acima, o direito penal é ramo que se originou, na evolução da teoria do direito, exclusivamente do tratamento da transgressão a normas de conduta. Portanto, o direito penal cuida só do ato ilícito, o qual contravém

---

VIANNA, Luiz (org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj, 2002. p. 38-39.

50. Aliás, Luís Greco, na linha de constatação analítica que começa a ganhar corpo na teoria penal alemã, sustenta que existem já, nos ordenamentos jurídico-penais ocidentais, crimes *sem bem jurídico tutelado*. O exemplo principal são os crimes de maus tratos a animais domésticos. Cf. GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato... cit.

51. Cf., especificamente quanto à formação política de vontade e opinião, HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*... cit., p. 359 e ss.; e, mais profundo no mecanismo teórico, mas do ponto de visa da sociedade em geral, HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*... cit., p. 383 e ss.

52. Sobre o conceito de ação estratégica como ação instrumental teleológica e sua função parasitária em relação à ação comunicativa, cf. HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*... cit., vol. 1, p. 273 e ss.

53. Cf. PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. Judicialização da política e substituição tecnocrática: um réquiem para a democracia? cit.

ao sentido deontológico do ordenamento jurídico como um todo. Mais ainda, cuida só do *último grau da ilicitude*, com vistas à *tutela global do ordenamento jurídico*, haja vista que há, em outros ramos do direito, subsistemas próprios de tratamento de ilícitos específicos.

O direito, nesse seu sentido deontológico fundamental, se apresenta, (a) ora como um mecanismo universal de tradução simbólica entre os sistemas administrativo econômico, estruturados funcionalmente em torno do poder e do dinheiro, respectivamente, e o mundo da vida, estruturado semioticamente em torno da reprodução simbólica da linguagem; (b) ora como uma linguagem normativa universal, em determinada sociedade, para a coordenação de ações sociais.[54] Esta característica dúplice do direito se traduz em uma "máscara de Jânus", quanto ao escopo da adesão subjetivo-social às normas de conduta que veicula. De um lado, o direito procura adesão pela legitimação de sua formação e reprodução, nos contextos de produção democrática da vontade e da opinião, pela conjugação de conteúdos semióticos oriundos tanto da esfera pública, quanto das esferas privadas conectadas à esfera pública, ambas protegendo a autonomia do sujeito de direitos, em suas facetas pública (cidadão, indivíduo etc.) e privada (amigo, pai/mãe, filho, parente, vizinho etc.). De outro lado, o direito procura adesão pela ameaça de sanção coercitiva em caso de descumprimento de suas normas.[55] Com este duplo mecanismo, o direito controla, limita e coordena, respectivamente, tanto a ação comunicativa (voltada para o entendimento e acordo entre os cointeragentes), quanto a ação estratégica (aquela instrumentalmente voltada para a consecução de propósitos específicos). Além disso, o direito, por operar nesses dois mecanismos distintos, de legitimação simbólica e de imposição coercitiva, é capaz de influenciar normativamente tanto o mundo da vida (reproduzido simbolicamente), quanto, a partir dele, os sistemas (coordenado funcionalmente). Daí por que Habermas postula que o direito situa e dissolve a tensão entre *validade* e *faticidade*, inerente à configuração social complexa no momento pós-tradicional (pós-convencional) de incertezas, pluralismo e fluidez.

Por isso, parece estar claro, agora, que, enquanto os demais ramos do direito se articulam numa mescla igualitária das duas características – legitimidade e coerção –, o direito penal, uma vez posto, somente cuida da legitimidade *em função da coerção*. As normas de conduta do direito penal somente delimitam

54. Cf. HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*... cit., vol. 2, p. 113 et seq.

55. Daí a tensão entre faticidade (*Faktizität*) e validade (*Geltung*), que dá o título original da obra. Cf. HABERMAS, Jürgen. Postscript. In: _____. *Between facts and norms*... cit., p. 447-450 e p. 28 et seq.

o ilícito, a fim de evitar a sua ocorrência – note-se que, ao contrário do que costuma acontecer em outros ramos do direito, as normas penais incriminadoras descrevem o comportamento incriminado, ilícito, a partir do qual é que está *implicado* (portanto, implícito) qual é o comportamento lícito (portanto, *indiferente*) para o direito penal. Daí que, quanto ao direito penal, seu foco se coloca, quase integralmente, sobre o elemento coerção. Trata-se, então, de um ramo do direito talhado específica e funcionalmente para inibir a ação estratégica, orientada esta unicamente pelo cálculo utilitário do custo-benefício.[56]

Por causa disso, pensar em funções promocionais do direito penal significa não só desvirtuar o mecanismo normativo próprio deste ramo do direito – que opera com coerção muito mais do que com legitimação –, senão também concentrar esforços de engenharia jurídico-política sobre bases capengas. O direito penal não dispõe de mecanismos promocionais, *prima facie*. A possibilidade de reforço da legitimidade social das normas através do direito penal – ainda que sob o pomposo nome "prevenção geral positiva" –, especialmente sob o paradigma da pena privativa de liberdade, é, se não fantasiosa, ao menos limitadíssima. Mesmo as chamadas penas alternativas, quando bem aplicadas e aparelhadas – o que não é a tônica no Brasil, diga-se de passagem –, somente entram em ação uma vez já descumprida uma norma de conduta ultimamente tutelada pelo direito penal.

Tentar extrair do direito penal mais do que ele pode oferecer é o primeiro erro da *angústia punitiva* que acomete, sem discussão e racionalidade, grande parte das sociedades contemporâneas, com resultado em nefastas consequências.

## 4. CONCLUSÃO PROSPECTIVA

São difíceis conclusões em se tratando de teoria do direito penal. Parece, no entanto, que, depois de tantos séculos, o Marquês de Beccaria estava certo. A coerção, como elemento indispensável do direito, só faz sentido se vier acompanhada do esforço pela adesão voluntária das normas, em vista de sua

56. Sintomaticamente, aliás, o chamado direito penal moderno, ou iluminista, base para a maior parte dos pressupostos, conscientes ou recalcados, de todas as partes da teoria do direito penal atual, foi concebido, a partir do século XVIII, justamente por filósofos utilitaristas, os chamados "Reformadores". Dentre eles, obviamente, se destacam Beccaria e Jeremy Bentham, ambos figurando entre os fundadores também do utilitarismo filosófico moderno. Não tenho, obviamente, espaço para aprofundar essa questão. Para uma reconstrução do direito penal moderno, cf. o trabalho de fôlego de Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. (especialmente caps. 2 e 4).

legitimidade. Por outro lado, ao direito penal, como ramo por excelência da coerção, importa, *além de fortalecer a legitimidade democrática* de sua gênese e reprodução normativa – único lugar deste sistema onde a legitimidade releva –, *realçar a eficiência* de seu mecanismo eminentemente sancionador como elemento decisivo no cálculo do custo-benefício que o potencial autor de um descumprimento normativo voluntário e consciente leva a efeito – o que, também, só faz sentido se tal autor puder, *in concreto*, se adequar ao modelo do sujeito *consciente* e *calculista*.

Por isso, o direito penal, de cariz prioritariamente preventivo – geral, em primeiro lugar, e especial, se necessário – ao cometimento do ilícito só pode aspirar a auxiliar no reforço da adesão ao direito em geral, mediante a ameaça sancionatória que produz, a qual sanção, por sua vez, será tão legítima quanto democraticamente estabelecida *ex ante*. Todo o mais de positivo que o direito pode produzir, ao operacionalizar no plano normativo a coordenação de condutas intersubjetivas, não tem nem pode ter no campo penal um local privilegiado de ação.

Nesse sentido, um programa republicano de direito penal não serve para dissolver tensões entre liberais e comunitaristas no plano da teoria do bem jurídico – que precisa, ela mesma, de urgente revisão analítica. A ideia de um republicanismo penal é uma contradição em termos. O direito penal republicano será tão republicano quanto for republicano o direito em geral da sociedade em questão. Isso quer dizer que se o processo de formação de vontade e opinião de determinada sociedade estiver próximo o suficiente do ideal regulativo de uma sociedade democrática num marco pós-convencional, então também as normas de direito penal oriundas do mesmo processo serão democráticas – ou republicanas, se se quiser. Na luta pela racionalidade (republicana) do direito penal, talvez seja o caso de o jurista (penal) ser humilde o suficiente para reconhecer que, na qualidade de jurista e aplicador da lei, ele pode muito pouco, exceto, talvez, apontar porque normas claramente irracionais, incoerentes e assistemáticas aparecem no ordenamento jurídico. Mais uma vez, todavia, essa função não passa pela teoria do bem jurídico, nem pela maioria dos conceitos analíticos e operativos das estruturas sistêmicas da teoria do direito penal.[57]

Um programa de pesquisa em teoria do direito penal há, pois, de considerar estas duas indeléveis características: a *legitimidade democrática do procedimento*

57. Com possíveis exceções pontuais, como a interessante proposta de Klaus Günther acerca de uma reformulação do conceito de culpabilidade, no âmbito da teoria do fato punível, do ponto de vista da teoria discursiva do direito. Cf. GÜNTHER, Klaus. Op. cit.

*de formação de normas e políticas criminais*, de um lado; e a *vocação coercitiva do direito penal* tal como o recebemos dos processos de aprendizagem evolutiva desde Roma, na qualidade de *limite importante a qualquer transformação do direito penal em mecanismo de promoção de políticas sociais*, de outro lado.

## 5. BIBLIOGRAFIA


BELLO, Enzo. *Perspectivas para o direito penal e para um Ministério Público republicano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BERTEN, André. Republicanismo e motivação política. In: MERLE, J. C.; MOREIRA, L. *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

BOHMAN, James; REHG, William. Introduction. In: _____; _____. *Deliberative democracy*. Cambridge: MIT, 1997.

BUTTLE, Nicholas. Republican constitutionalism: a roman ideal. *The Journal of Political Philosophy*. vol. 9. n. 3. p. 331-349. Oxford: Blackwell, 2001.

CHAMON JR., Lúcio Antônio. *Teoria constitucional do direito penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Tipo e discurso no direito penal: continuidades e descontinuidades, desde Belling até os dias de hoje. In: _____. *Teoria constitucional do direito penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de Poderes. In: WERNECK VIANNA, Luiz (org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj, 2002.

_____. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COPETTI, André. Direito penal e democracia: perspectivas para efetivação democrática através do sistema punitivo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social*. vol. 1. n. 4. p. 39-54. Porto Alegre: IHJ, 2006.

_____. Por uma (neo)filosofia política constitucional do direito penal: uma exigência fenomenológica do Estado Democrático de Direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)Constitucionalismo: ontem, os Códigos; hoje, as Constituições*. vol. 1. n. 2. p. 18. Porto Alegre: IHJ, 2004.

COSTA, Jurandir Freire. *Violência e psicanálise*. São Paulo: Ed. Graal, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais*. vol. 1. n. 3. p. 37-44. Porto Alegre: IHJ, 2005.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade de risco". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 33. p. 39-66. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2001.

_____. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

DURKHEIM, Émile. O individualismo e os intelectuais. In: _____. *A ciência social e a ação*. São Paulo: Difel, 1975.

ENRIQUEZ, Eugène. *De la horde à l'état: essai de pscychanalyse du lien social*. Paris: Gallimard, 1983.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et alii. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FREUD, Sigmund. O ego e o id. In: _____. *Edição* standard *das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Dir. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996. vol. XIX.

GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: _____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 49. p. 89-147. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2004.

GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 24. p. 79-92. São Paulo: Ed. RT, out. 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. 4.th printing. Trans. William Rehg. Cambridge: MIT, 2001.

_____. Postscript. In: _____. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. 4.th printing. Trans. William Rehg. Cambridge: MIT, 2001.

_____. *The theory of communicative action: reason and rationalization of society*. Trans. Thomas McCarthy. Boston: Beacon, 1984. vol. 1.

_____. *The theory of communicative action*. Transl. Thomas McCarthy. Boston: Beacon, [1981] 1989. vol. 2: lifeworld and system.

JAFFRO, Laurent. Ética e moral. In: BOYER, Alain et al. *Ensaios de filosofia política*. Trad. Fulvia Moretto. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Trad. Pedro Dorado Montero. Bogotá: Temis, 1999.

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. *O ato ilícito na teoria geral do direito: elementos para uma teoria geral do ato contrário ao direito*. Monografia de bacharelado em Direito, Rio de Janeiro, PUC, 2004.

_____. Judicialização da política e substituição tecnocrática: um réquiem para a democracia? *Cadernos do Departamento de Direito da PUC-RJ* (pós-graduação). Ana Luiza Saramago Stern et al (orgs.). p. 64-74. Rio de Janeiro: PUC-RJ, jul.-dez. 2008.

_____. Teoria do direito e teoria da ciência do direito: por uma metodologia hermenêutico-racional da jurisprudência. *Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro. Teoria Geral do Direito*. Rio de Janeiro: Aperj, 2007 (no prelo).

PETTIT, Philip. Democracia e contestabilidade. In: MERLE, J. C.; MOREIRA, L. *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal: legitimação* versus *deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 35. p. 13-27. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2001.

SAUSSURE, Ferdinad de. *Curso de linguística geral*. Organizado por Charles Bally e Albert Sechehaye. São Paulo: Cultrix, 2004.

SGARBI, Adrian. *Clássicos da teoria do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SKINNER, Quentin. Estados livres e liberdade individual. In: MERLE, J. C.; MOREIRA, L. *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

STRECK. Lenio Luiz. Da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)Constitucionalismo: ontem, os Códigos; hoje, as Constituições*. vol. 1. p. 243-284. Porto Alegre: IHJ, 2004.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TAYLOR, Charles. La política de reconocimiento. In: _____. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1993.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Fundamentos filosóficos do sistema penal como embasadores da aplicação coercitiva diferenciada calcada num direito penal do autor, de Marcelo Cunha de Araújo – *RT* 874/429;
- Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil, de Nilo Batista – *RCP* 1/113; e
- Os fundamentos do direito penal e sua relação com a racionalidade legislativa, de Bruna Martins Amorim Dutra – *RBCCrim* 96/75.

60950

# O QUE PROTEGE O DIREITO PENAL? BENS JURÍDICOS OU VIGÊNCIA DA NORMA?

5

*What protects criminal law?*
*The legal interests or the validity of the norm?*


## JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA

Doutor em Direito pela Unisinos-RS. Mestre em Direito pela Unijuí-RS. Especialista em Direito pelo Iesa e Unijuí-RS. Professor de Direito Penal do Iesa-Santo Ângelo-RS e da URI-Santo Ângelo-RS. Juiz de Direito.



ÁREA DO DIREITO: Penal



RESUMO: A crise do Estado do bem-estar fordista e a crise dos sistemas de controle de gestão pública concorreram para uma significativa aplicação da intervenção penal. Assim, este trabalho pretende oferecer uma abordagem teórica sobre a função conferida ao direito penal na moderna sociedade do risco. Nesse sentido, analisam-se o teorema do bem jurídico e sua função legitimante/crítica para a intervenção penal. Além disso, apresenta-se a teoria funcionalista de Jakobs, que é importante ao discurso penal contemporâneo.



PALAVRAS-CHAVE: Direito penal - Bem jurídico - Funcionalismo - Normativismo.



ABSTRACT: The State crisis of the Fordist welfare and the crisis of the public management control systems competed for a significant application of penal intervention. This work aims to provide a theoretical approach to the role given to the Criminal Law in the modern risk society. Accordingly, we analyze the theorem of the legal interest and its legitimizing/critical function for criminal action. In addition, we present the functionalist theory of Jakobs, which is important to the contemporary criminal discourse.



KEYWORDS: Criminal law - Legal interest - Functionalism - Normativism.



SUMÁRIO: 1. Como forma de introdução: a crise fordista e o retorno da questão penal - 2. A proteção de bens jurídicos como a finalidade constitucional do direito penal: 2.1 O direito

penal e a proteção de bens jurídicos – 3. A pena como reafirmação das expectativas normativas: o funcionalismo radical de Jakobs – 4. A necessária dialética entre o funcionalismo e o teorema do bem jurídico na busca de uma racionalidade para o direito penal – 5. Considerações finais – 6. Referências.

## 1. COMO FORMA DE INTRODUÇÃO: A CRISE FORDISTA E O RETORNO DA QUESTÃO PENAL

Constitui lugar comum o fato de que o controle penal não viaja por águas tranquilas, uma vez que, além de estar sobre os influxos do discurso da expansão/modernização,[1-2] ainda é, por vezes, influenciado pela excepcionalidade e pela emergência e, pois, contaminado pela dicotomia schmittiana amigo/inimigo, convertendo-se em um questionável direito penal do autor,[3] culminando em uma perversa confusão referente ao criminoso e ao inimigo, que deve ser combatido, levando-se ao extremo a legislação de emergência.[4-5] Com efeito, não se pode passar por alto sobre o fato de que as alterações do sistema de produção fordista[6] e a crise do Estado social peculiar à sociedade do risco[7] pro-

1. Ver, por todos, MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência.* Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Safe, 2005. De igual sorte, do mesmo autor, A modernização do direito penal como exigência do postulado do Estado de Direito (Social e Democrático). *RBCCrim* 88/95-142. Em apertada síntese, pode-se dizer que Martin estima que a proteção do simbologismo penal (função pedagógica ético-social) deve abarcar os riscos modernos, mas, no limite do objetivo da proteção de bens jurídicos, que podem ser incorpóreos como o meio ambiente.
2. DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal.* Trad. Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2004. p. 7, fala em "explosão das categorias penais", que surge nas representações da delinquência: da delinquência "natural" à delinquência "artificial ou técnica" (direito de empresa, consumo, trabalho, meio ambiente etc.).
3. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas.* Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
4. PORTILLA CONTRERAS, Guilhermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista.* Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 208-213.
5. BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión.* Granada: Comares, 2007.
6. MARX, Karl. *Las crisis del capitalismo.* Trad. Alberto Nadal Fernández. Madrid: Sequitur, 2009. p. 49-93.
7. Ver NEGRI, Antonio. *La forma-Estado.* Trad. Raúl Sáchez Cedillo. Madrid: Akal, 2003. p. 337-371.

vocaram uma tensão no debate sobre as áreas que o sistema penal deve proteger.[8] Nesse particular, é inegável que a crise do capitalismo tardio transformou o terreno da realidade constitucional, que foi "transtornado" pelo poder da burguesia, racionalizando o gasto público, seguindo os parâmetros de empresa, explicitando a figura do Estado imediatamente repressivo.[9] É da idade do ressurgimento da "questão penal" ou do discurso "da indignação moral",[10] já que a função penal em Estados em crise corresponde ao do guardião noturno do desenvolvimento capitalista, "naturalizando" as desigualdades sociais da classe obreira.[11]

E, nesse contexto de crescimento do sistema penal,[12] correlato à crise do Estado de bem-estar e à consolidação da sociedade do risco,[13] o debate (re) cobra a legitimidade do direito penal nas sociedades pós-industriais, passando pela necessidade de se limitar a ação do Leviatã (ou não!?), bem como pela obrigatoriedade de decidir quais interesses/necessidades, efetivamente, são

8. PORTILLA CONTRERAS, Guilhermo. Op. cit., p. 237 e ss., entende que, contra a despolitização radical da economia, se deve subordinar o processo de produção ao controle social, pois só assim será possível uma satisfação mais efetiva das demandas pacifistas, feministas, ecológicas etc. Por isso, sustenta que o sistema penal deve proteger bens coletivos, deixando de lado alguns bens jurídicos clássicos (delitos contra a propriedade, drogas). Segundo ele, o direito penal necessita adaptar-se aos processos de mobilização democrática e da conquista de direitos, notando, por fim, que a resistência à proteção de bens jurídicos coletivos tem um prejuízo ideológico: ideia paleoliberal de um Estado mínimo (mero garante da ordem pública). Em síntese, na opinião de Portilla Contreras, revela-se imprescindível uma transformação no direito penal tradicional, a fim de que abarque as funções expansionistas da reprodução social do capital, denunciando que o controle penal somente persegue e controla novos setores de risco não produtivos, o que é fruto do liberalismo econômico e político, que subordinam os direitos sociais aos proprietários. Idem, p. 326-343.

9. NEGRI, Antonio. Op. cit., p. 368-369.

10. Conforme MELOSSI, Dario. Ripartire de uma sconfitta. *Stuti sulla questione criminale*. vol. 3, n. 1, p. 7-15. Nesse sentido, Melossi externa sua preocupação com a incapacidade de a dogmática penal apresentar uma análise do fenômeno e de propor uma alternativa consistente, isto é, de apresentar uma criminologia autocrítica frente ao neoconservadorismo penal.

11. NEGRI, Antonio. Op. cit., p. 402-403.

12. Conforme SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. rev. e ampl. Montevideo/Buenos Aires: IBDEF, 2010. p. 9-12.

13. Ver MARTÍN, Víctor Gómez. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Política criminal y reforma penal*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, 2007. p. 55-103.

merecedores de proteção pela seletividade fragmentária de um Estado Social e Democrático de Direito, a quem, antes de mais nada, cumpre garantir a efetiva eficácia dos direitos fundamentais do homem. Nesse passo, calha a lição de Stratenwerth,[14] no sentido de que ameaçar com a pena pública e impô-la corresponde a uma forma precária de integração social, tratando-se de um processo altamente complexo, dotado de muitas facetas e consequências desejadas e indesejadas, que não podem ser reduzidas a uma simples relação de causa-efeito, mormente pelo perigo de o projeto de modernização do direito penal recair somente sobre a criminalidade clássica, como, de resto, é o movimento que tem pautado a política criminal atual.[15]

Nesse estado da arte, marcado pela crise fordista[16] e pelo retorno da questão penal, sobressai a questão da função do direito penal nas sociedades pós-industriais do século XXI, bem como das bases de seleção de valores com dignidade penal, máxime quando se detecta a tendência à ampliação do controle penal, guiada por políticas conjunturais irrefletidas, que buscam soluções emergenciais face à aparição de novos conflitos sociais.[17] E, nesse contexto, não se pode deixar de observar que a ordem democrática deve centrar-se nos direitos humanos, entendidos como caminhos à emancipação do sujeito e à recuperação do espaço público democrático. Também não se pode passar por alto sobre o fato de que o controle do sistema neoliberal impõe um

14. STRATENWERTH, Günter. *¿Que aporta la teoría de los fines de la pena?* Trad. Marcelo A. Sancinetti. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 34-35.

15. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada.* Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, 2007. p. 147 e ss.

16. BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal em el Estado Constitucional de Derecho, Social y Democrático; perspectivas socio-juridicas. In: _____ (org.). *Sistema penal y problemas sociales.* Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 25-82. Para Bergalli, o fordismo está relacionado com o conceito de bem-estar (*Welfare*), dizendo respeito a questões como saúde, educação, alimentação, trabalho, ressocialização/inclusão. Todavia, segundo ele, com a crise do sistema capitalista fordista (e polarização da riqueza e difusão da miséria), o controle social é informado por uma outra orientação (pós-fordista), que passa a conviver com o desmoronamento das políticas sociais, redução das intervenções estatais e crescente privatização dos serviços públicos (desumanização da convivência social). O período demarca, portanto, segundo Bergalli, a cultura da emergência no controle penal, com restrições dos direitos e garantias individuais. No mesmo sentido, vejam-se os ensinamentos de DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud.* Trad. José Ángel Brandariz García e Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de sueños, 2006. p. 53-104.

17. Por todos, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 3-61.

intercâmbio desigual como forma de poder.[18] Dessarte, a presente abordagem, em um primeiro momento, questiona acerca do que protege o direito penal, bem como de qual o papel reservado ao teorema do bem jurídico sob os influxos funcionalistas. Já, num segundo momento, analisa-se o funcionalismo radical de Jakobs e, por fim, se estabelece um necessário diálogo entre ambas as teorias.

## 2. A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS COMO A FINALIDADE CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL

No que diz com a relevância do teorema do bem jurídico em um momento em que o sistema penal é invadido/corrompido por uma política populista de bens jurídicos,[19] procurando "governar pelo crime", Hefendehl arranca com a seguinte observação: "Não existe alternativa para o compromisso com a proteção de bens jurídicos como a única finalidade do direito penal".[20] Com efeito, Hefendehl adota os fundamentos de Roxin, para quem o conceito material de crime deve ser entendido como a proteção subsidiária de bens jurídicos.[21] E, sob esse aspecto, Roxin ensina que a única restrição previamente dada ao legislador se encontra nos princípios plasmados na lei fundamental, que se baseia na liberdade do indivíduo, acentuando, de outro lado, seu caráter aberto frente às mudanças sociais e aos progressos do conhecimento.[22] No mesmo sentido, é o pensamento de Mir Puig, quando leciona que o direito penal de um Estado social só se justifica como um sistema de proteção da so-

18. SKULJ, Agustina Iglesias. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma en el estatuto de la ley penal y en los mecanismos de control. Problemas actuales de derecho penal.* p. 513. Tese (Doctoral, biênio 2003-2005). Salamanca: Universidad de Salamanca, 2009.

19. Conforme ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal.* Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3-6.

20. HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Trad. Luis Greco. *RBCCrim* 87/103-120.

21. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito.* Trad. Diego-Manuel Luzón Peña e outros. Madrid: Thomson Civitas, 2003. p. 51. Conforme Roxin, os bens jurídicos "son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para em individuo y su livre desarollo em el marco de un sistema social global estruturado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del próprio sistema". Obra referida, p. 56.

22. Idem, p. 55-58.

ciedade no limite da proteção de bens jurídicos, que possuem um sentido de política criminal na orientação das práticas punitivas. Assim, para Mir Puig,[23] os bens jurídicos (condições vitais para a vida social), que possibilitam a participação dos indivíduos no sistema social, necessitam ter uma "importância fundamental",[24] na medida em que o controle penal não se respalda na defesa de valores puramente morais.[25-26] Na mesma linha, posicionam-se Del Rosal e Vives Antón,[27] que sustentam que não se pode atribuir um valor concreto/determinado ao bem jurídico, senão que o relevante é identificar o papel que desempenha, no caso, uma função procedimental no discurso jurídico, significando, num primeiro momento, a justificativa para a ingerência penal no direito fundamental da liberdade. Em uma palavra, para os referidos autores, o bem jurídico possui uma função interpretativa, não se resumindo, a uma acepção individualista e pessoal.[28-29]

Dessa maneira, a intervenção punitiva, suas finalidades e fundamentos, em um cenário marcado pelo esvaziamento da esfera pública e de reprodução de

---

23. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 126-130.

24. Desse pensamento é MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Montevideo/Buenos Aires: IBDEF, 2003. p. 124-135.

25. No mesmo sentido, PRADO, Luiz Regis. *O bem jurídico-penal e a constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011, notando da relevância da Constituição para informar o teorema do bem jurídico, uma vez que, segundo ele, em um Estado Democrático de Direito, a determinação dos valores fundamentais da comunidade devem estar determinados na Constituição. Ver p. 87-108.

26. Na mesma linha, ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 7-8, anotando que o direito penal serve à proteção subsidiária de bens jurídicos, justificando sua existência quando a convivência pacífica e materialmente segura dos indivíduos somente puder ser preservada por uma ameaça punitiva.

27. DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 316-328.

28. Idem, p. 319.

29. Nesse sentido, já pensava WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yánez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011, quando ensinava que cumpre ao Direito Penal proteger, antes que mais nada, determinados bens jurídicos vitais da comunidade (valores materiais), bem como os valores ético-sociais arraigados na consciência jurídica, que, de resto, protege, ao mesmo tempo, bens jurídicos. Ver. p. 17-23.

relações sociais desiguais, cobra lugar ao teorema do bem jurídico,[30-31] que, como pauta interpretativa, permite constatar se sua proteção não é fonte de desigualdade, nem de discriminação. Assim, a teoria do bem jurídico apresenta-se como uma teoria aberta (Roxin), pois pode legitimar a presença de uma determinada norma, senão que pode também questioná-la.[32] Com efeito, segundo Hormazábal Malarée, esse caráter aberto do bem jurídico é que permite que determinadas normas que apareceram como legítimas, hoje, se revelem anacrônicas e incompatíveis com o Estado Social e Democrático de Direito.[33] E, desde uma perspectiva de política criminal, o princípio do bem jurídico implica que as normas penais não possam proteger outra coisa que não sejam bens jurídicos.

Todavia, cumpre notar que o conteúdo material do conceito de crime, que se liga diretamente com o conceito de bem jurídico, desde a perspectiva racio-

30. Trata-se de uma discussão atual e cara à dogmática penal. Conforme GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Na apresentação da obra *¿La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico:* fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 11-25. Conforme Gimbernat Ordeig, não obstante corresponda ao pensamento dominante a ideia de que a tarefa do direito penal consiste na proteção de bens jurídicos, surgiu consistente setor doutrinário sustentando a corrente de que a função do controle penal diz com a proteção da vigência da norma (Jakobs, Stratenwerth, Hirsch, Frisch, Wohlers), que nega que a finalidade do direito penal corresponda à proteção de bens jurídicos. Também refere, nesse sentido, Gimbernat Ordeig que os próprios defensores da teoria do bem jurídico informam que o teorema carece de contornos precisos e, por fim, declara-se partidário dessa corrente, que, segundo ele, na República Federativa da Alemanha, foi o que possibilitou a despenalização de diversos delitos (como o homossexualismo, delitos contra a honestidade, maus tratos contra animais).

31. Os contornos da evolução do teorema do bem jurídico são fornecidos por ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima.* Trad. Cancio Meliá. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 9 e ss.

32. Nesse sentido, a doutrina de HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Consecuencias político criminales y dogmáticas del princípio de exclusiva protección de bienes jurídicos. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (org.). *Serta in memorian Alexandri Baratta.* Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1082-1093.

33. Idem, p. 1084. Nesse passo, o autor observa que a visão de bem jurídico de Jakobs é puramente formal, tão formal como é seu sistema normativo. Segundo ele, "en cambio, uma teoría del delito construída a partir de un concepto material de bien jurídico, permite fundamentar uma reacción social sobre la materialidad del daño social y no, sobre la mera desobediencia de la norma como em último viene a plantear Jakobs". Idem, p. 1084.

nal/funcional de tutela subsidiária de bens jurídicos, longe se encontra de resolver os problemas atinentes à legitimidade/funcionalidade do controle penal na sociedade do risco e às problemáticas da pós-modernidade e globalização (Figueiredo Dias).[34] No pensamento do autor português, a sociologia do risco apresenta novos perigos ao controle penal, evidenciando uma mudança radical na sociedade, anunciando o fim da sociedade industrial e o surgimento de megarriscos, agora não mais provenientes da natureza, mas, sim, da ação humana (riscos globais), trazendo à tona a necessidade de proteção de gerações futuras (meio ambiente, manipulação genética e desregulamentação da economia). Dessa maneira, a idade pós-moderna e o risco, que seguem a racionalidade do *homo economicus* e do espírito capitalista neoliberal, questionam a necessária adaptação do direito penal e de uma nova política criminal, que deveria abandonar a função minimalista de tutela de bens jurídicos, assumindo uma função promocional de valores orientados à vida comunitária.[35] Logo, face à crise da razão instrumental, criada pelo imperialismo econômico, que é exemplificada na "crise ecológica", questiona-se se é necessário o abandono do paradigma liberal/clássico do direito penal? Impõe-se sua substituição por outro (qual?). Nesse contexto, apresentam-se uma corrente restritiva, e outra aberta (ou modernizante) acerca do bem jurídico.

### *2.1 O direito penal e a proteção de bens jurídicos*

De logo, cumpre notar que há um pensamento que restringe o bem jurídico à função de tutela penal de direitos individuais. Tal orientação é adotada por autores que se agrupam na denominada "Escola de Frankfurt",[36] que sustentam que o direito penal não pode arvorar-se como instrumento de tutela dos riscos modernos. Nesse sentido, é o entendimento de Hassemer, que afirma que vem da filosofia da Ilustração a ideia de que o direito penal se destina à proteção tão só de interesses humanos (concepção crítica). Disso resulta o fato de que cabe ao controle penal a proteção dos direitos individuais (concepção clássica). Por isso, assevera que o direito penal é um meio violento de

34. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. t. 1, p. 126-130.

35. Idem, p. 128.

36. Nesse particular, consultar a obra coletiva *La insostenible situación del derecho penal*. ROMEO CASABONA, Carlos María (org.). Granada: Comares, 2000. Para a Escola de Frankfurt, a introdução da modernidade no direito penal conduziu o sistema a uma situação insustentável.

repressão, mas também um instrumento de garantia da liberdade.[37] Nesse estado da arte, Hassemer é contrário à dialética do moderno direito penal, que, segundo ele, possui as seguintes características: a proteção positiva de bens jurídicos, a ideia de prevenção e a orientação pelas consequências. Entende, nesse aspecto, que o bem jurídico perde sua condição crítica (caráter negativo), sendo potencializado positivamente para justificar decisões criminalizadoras, restando transformado nas suas funções. Em uma palavra, a proteção de bens jurídicos se traduz em mandato de criminalização, convertendo, "dolorosamente", a proibição do excesso em uma proibição de defesa insuficiente.[38] Exacerbam-se os fins preventivos, que, na era clássica, se constituíam em uma meta secundária, funcionalizando-se o controle como instrumento de pedagogia social com o fim de sensibilizar a sociedade (típico caso da proteção do meio ambiente).[39] Em resumo, Hassemer não concorda com a nova orientação criminal do direito penal, asseverando que, com tal funcionalização, o controle penal deixa de ser um instrumento que reage frente a lesões graves e transforma-se em um instrumento de política de segurança, motivo pelo qual a modernidade deve ser eliminada do atual direito penal.[40] Em outros termos e ainda na trilha de Hassemer, na "dialética da modernidade", o direito penal rompe com a tradição iluminista/ilustrada, quando era concebido como uma medida da violência e instrumento de liberdade do cidadão, buscando, na teoria do bem jurídico, um conceito positivo da incriminação, não sendo por outra razão que o objetivo preventivo (tipos de perigo) se torna um paradigma penal dominante, já que o direito penal moderno é dominado, quase que na sua totalidade, por interesses preventivos.[41]

De outro lado, após assentar que tal orientação pelas consequências e pela tendência de se utilizar o controle penal como instrumento pedagógico do povo para "sensibilizar" as pessoas (convertendo-se como *sola* ou *prima ratio*), Hassemer nota que há uma explosão de expectativas dirigidas ao direito penal, mormente em áreas centrais, como meio ambiente, economia, programação de dados, impostos, drogas, criminalidade organizada, sistemas

37. HASSEMER,Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para uma teoría de la imputación em derecho penal.* Trad. Francisco Muñoz Conde e de Maria del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. p. 24-73.

38. Idem, p. 47-50.

39. Idem, p. 50-51.

40. Idem, p. 67-68.

41. HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário.* Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 194-195.

em que se detecta uma atuação deficitária, com o risco de se deslizar para uma função simbólica, principalmente pelo fato de que os *deficits* de execução dizem respeito à questão estrutural.[42] Daí a sua proposição no sentido de se retirar a modernidade do direito penal, preservando-se um "direito penal nuclear" limitado a discutir casos individuais e todas as violações aos bens jurídicos individuais, sinalando que os bens jurídicos universais não podem ser renunciados pelo sistema penal, desde que devidamente funcionalizados a partir dos bens jurídicos individuais. Com efeito, para Hassemer, a modernização do direito penal deve ser regrada por um "direito de intervenção especial", situado entre o sistema penal e o denominado "direito da contrariedade à ordem pública", ou entre o direito civil e o direito público, regramentos processuais menos garantistas que o direito penal, mas, em contrapartida, equipados com sanções menos intensas face ao indivíduo. No seu pensamento, esta seria a solução para "frear" as tendências de modernização do controle penal,[43] o que passa, na sua fala, por "liberar al derecho de las modernas exigências",[44] sob pena de se deslisar para uma completa modernização do controle penal (risco de a modernização apoderar-se dos âmbitos da criminalidade clássica), bem como de se seguir uma orientação de política criminal puramente simbólica.[45]

A modo de uma conclusão provisória, com Hassemer, pode-se afirmar que a função de direito penal é a proteção de bens jurídicos, o qual, por suas origens, se constitui em um princípio negativo, limitador do controle penal, que não pode ser lido como uma exigência de criminalizar qualquer conduta que lesione um bem jurídico, senão que, ao contrário, permite deslegitimar toda lei penal que não se refira a uma lesão ou perigo a um bem jurídico, estabelecendo, nesse passo, uma estreita ligação com a teoria constitucional, principalmente com a proibição do excesso e proibição de defesa insuficiente. E, nas suas palavras, "una prohibición de uma conduta bajo ameaza penal que no pudiera remetirse a un bien jurídico sería terror de Estado".[46]

---

42. Idem, p. 200-201.

43. Idem, p. 205-207.

44. HASSEMER, Winfried. *Persona*... cit., p. 70.

45. Idem, p. 70-73.

46. HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland. (org.). *¿La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 95-104. Conforme Hassemer, a questão sobre a possibilidade de haver delitos que não afetem bens jurídicos é retórica, uma vez que o bem jurídico é fundamento neces-

Entretanto, cumpre observar que a teoria pessoal do bem jurídico, formulada por Hassemer e que possui a pretensão de manter o controle penal reduzido ao um núcleo essencial, tem sofrido duras críticas, sendo reputada de reacionária por Hefendehl,[47] que entende que ela assume a perspectiva da classe dominante, que é protegida por meio do direito penal. Sob esse aspecto, Hefendehl não nega que haja uma certa instrumentalização do direito penal para fazer política (*governing through crime*), bem como o retorno das teorias absolutas da pena, que são bem-vindas na prática (segundo ele, a retribuição está em alta); entretanto, não concorda com a criminalização somente da classe baixa, isto é, dos "aventureiros e miseráveis", como quer a teoria pessoal do bem jurídico.[48] Por tal motivo, opõe-se ao denominado direito penal clássico e sua restrição ao controle dos bens jurídicos imediatamente referidos a uma pessoa, uma vez que se trata de um direito penal da pobreza e da miséria, pugnando pela acolhida dos bens coletivos, como, por exemplo, a confiança no mercado de capitais, meio ambiente e outros pontos de dispersão coletivos. Logo, Hefendehl entende que a tese que defende que os bens jurídicos coletivos são ilegítimos deve ser descartada, devendo-se buscar estruturas dogmáticas adequadas para o caso dos bens jurídicos coletivos, mormente a busca de uma conexão entre ação típica e o bem jurídico protegido (equivalência material, delitos de acumulação, proteção da confiança etc.).[49]

Na mesma direção apresentada por Hefendehl, alinha-se Schünemann, reputando a contraposição do direito penal clássico e direito penal moderno insuficiente e parcial, afirmando, de outro lado, que esse é o ponto questionável do denominado direito penal clássico, que centra sua ação nos crimes patrimoniais e, portanto, nos membros da classe baixa da sociedade, clientela preferente do controle penal, que, de resto, é consideravelmente representada nas estatísticas criminais.[50] No pensamento de Schünemann, cumpre ao

---

sário e constitucional tanto para conceber proteção como para estabelecer limites à intervenção penal. Ver. p. 104.

47. HEFENDEHL, Roland. Op. cit., p. 103-120.

48. Idem, p. 106-107. Conforme Hefendehl, na Alemanha, os delitos contra a propriedade compõem cerca de 40% da estatística criminal.

49. HEFENDEHL, Roland. Bien jurídico como eje material de la norma penal. Trad. María Martín Lorenzo. In: _____. (org.). *¿La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 179-196.

50. SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigencia moral? In: DONNA, Edgardo Alberto. *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. t. 2, p. 19-20.

sistema penal a otimização do subsistema econômico da sociedade no ambiente do Estado Democrático e Social de Direito, defendendo, portanto, a punição de crimes contra o meio ambiente (patrimônio de futuras gerações e relacionado com a justiça distributiva).[51] Sob esse aspecto, rechaça o "direito de intervenção" proposto por Hassemer, bem como o direito civil (formulado por Lüderssen), argumentando que o direito penal é indispensável à defesa do meio ambiente, até como forma de controlar a própria administração e seus funcionários, especialmente pelo fato de que se vive em um momento do florescimento da "virtude do mercado".[52] Assim, conforme Schünemann, cumpre ao controle penal, pela ameaça da pena, introduzir custos maiores que os benefícios do crime, motivos mais racionais para se evitar a prática de delitos; notando que do direito civil ou do direito público o ator racional não recebe nenhum motivo plausível para não cometer o crime, tendo em vista a notória baixa intensidade da sanção. Dessa forma, segundo ele, só o direito penal pode lograr uma defesa eficiente de bens jurídicos como meio ambiente e a criminalidade econômica.[53] Em uma apertada síntese, segundo Schünemann, a sociedade pós-moderna e seu individualismo consumista promoveram uma realidade inumana, com a derrogação de categorias morais e pautas primárias, num tempo em que o capitalismo global ameaça fugir dos controles do estado nacional, devendo, pois, o controle penal estender-se ao âmbito da interação da classe média e alta, como a *ultima ratio* para a prevenção dos danos sociais.[54]

Dessa maneira, de acordo com Schünemann, à renúncia a teoria do bem jurídico implica a perda da precisão teórica e garantista; todavia, a ideia da proteção do bem jurídico não só pode servir de crítica, senão também para legitimar tipos penais controvertidos (concepção aberta da teoria), tais como a criminalidade econômica, ambiental etc.[55]

---

51. Nesse passo, SCHÜNEMANN, p. 29, refere que a concretização de um bem jurídico coletivo, facilmente, pode ser relacionada a um bem jurídico individual. No caso do meio ambiente, que se relaciona como delitos contra o patrimônio em sentido amplo.

52. Idem, p. 33

53. Idem, p. 34.

54. Idem, p. 38-39. A solução para o debate, conforme o autor, não é o abandono do controle penal, mas, sim, seu aperfeiçoamento, com uma alteração do seu rumo, devendo ser direcionado mais para a classe alta, como único meio apropriado para a defesa efetiva das ameaças específicas da sociedade industrial pós-moderna.

55. SCHÜNEMANN, Bernd. El princípio de proteción de bienes jurídicos como punto de fuga de los limites constitucionales de los tipos penales y de su intepretación. In:

Na linha de uma concepção aberta do bem jurídico, defendida por Schünemann, vem a doutrina de Wohlers, que parte da assertiva de que a concepção crítica do bem jurídico fracassou, não convencendo, portanto, a sua limitação à proteção de bens jurídicos individuais clássicos, visto que, em realidade, a esfera pessoal de liberdade dos indivíduos deve englobar os pressupostos fundamentais para o pleno desenvolvimento daquela liberdade pessoal, não havendo mais sentido para a distinção entre bens individuais e coletivos, devendo, por isso, o teorema ser enriquecido por conhecimentos teórico-sociais.[56]

Na forma de uma conclusão em termos provisórios, pode-se referir que o bem jurídico não pode estar baseado em uma crítica ontológica, parecendo que a identificação deve ser obtida a partir de um provável consenso social acerca de sua importância (concepção aberta do bem jurídico).[57] Nesse passo, o teorema do bem jurídico assume papel importante para controle da atividade legiferante, embora não esgote a problemática. Na verdade, a questão delicada está na possível degeneração dos crimes de perigo abstrato, fomentado pela sociedade do risco, que, sim, pode, suprimir a função garantista do bem jurídico. Assim, se a sociedade do risco não pode prescindir da defesa de alguns bens jurídicos coletivos, também é razoável afirmar que os crimes de perigo abstrato não podem tornar-se a regra, pena de "deriva" do sistema penal.[58] Por isso, não se pode abrir mão do pensamento segundo o

---

HEFENDEHL, Roland. *¿La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Trad. Luis Greco. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 197-226.

56. WOHLERS, Wolfang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. Trad. Alaor Leite. *RBCCrim* 90/97-107.

57. Nesse sentido, MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito.* Montevideo/Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 105-107. Nas palavras de Mir Puig, "el derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que há de tender a la prevención de delitos (Estado social), entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para us bienes jurídicos – bienes no em un sentido naturalista ni ético-individual, sino como posibilidades de participación em los sistemas sociales fundamentales –, y em la medida em que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos (Estado democrático). Un tal derecho penal, deve, pues, orientar la función preventiva de la pena com arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad". Ver p. 105.

58. Desse sentir, é o pensamento de CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno.* Madrid: Iustel, 2007. p. 314-346.

qual o direito penal está vocacionado à proteção de bens jurídicos, só estando legitimado para intervir quando uma conduta tenha posto em perigo ou lesionado interesses fundamentais não estritamente individuais, mas sempre tendo como referente o indivíduo.[59-60]

Dessa forma, o ponto de partida do direito penal é o perigo ou lesão a um bem jurídico.[61] De outro lado, ao ameaçar com pena a conduta típica, soa inegável que o sistema penal confirma a validez da norma. Entretanto, como anota Gimbernat Ordeig, a confirmação da validez da norma nada diz sobre qual é o conteúdo da norma, reafirmando-se, portanto, a importância do bem jurídico. Ora, conforme Gimbernat Ordeig, caso se queira atribuir ao direito penal algo além de uma tarefa estritamente formal e "fantasmagórica", deve-se saber qual é (ou deveria ser) o seu conteúdo em um Estado de Direito pluralista. Nesse sentido, ainda alude o autor que, da assertiva de que a finalidade do direito penal seja a proteção de bens jurídicos (*harm to others*), deriva uma importante consequência: presença de uma política criminal liberal, progressista e descriminalizadora do sistema penal.[62-63]

---

59. Como diz MENDOZA BUERGO, Blanca. Gestión del riesgo y política criminal de seguridad em la sociedad del riesgo. In: AGRA, Cândido da; DOMÍNGUEZ, José Luis; GARCÍA AMADO, Juan Antonio; HEBBERECHT, Patrick; RECASENS, Amadeu. *La seguridad em la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003. p. 67-89, o direito penal não é o instrumento primordial nem mesmo o único idôneo para combater os riscos modernos, que, em certa medida, são consubstanciais e inevitáveis. Ver p. 85.

60. Consultar HOYOS, Gustavo Balmaceda. *Consideraciones críticas sobre el derecho penal moderno y su legitimidade*. Santiago do Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007. p. 117-140.

61. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. (Prólogo). In: ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Barcelona: Atelier, 2003. p. 12.

62. Idem, p. 13.

63. No trato da teoria do "princípio do dano" ou *harm principle*, consultar HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño'. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *¿La teoría del bien jurídico: fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 38-68. A modo de uma pequena síntese, pode-se dizer, seguindo os ensinamentos de Hirsch, que a base de legitimação das normas penais, nos países de língua inglesa, é a teoria do *harm principle*, que parte dos postulados de John Stuart Mill, para asseverar que não se pode castigar legitimamente condutas de autolesão, tampouco se pode justificar o castigo unicamente em virtude de sua imoralidade. Assim, a razão suficiente para a punição é a conduta lesiva para os outros (*harmful to others*). Ver p. 38-39.

## 3. A PENA COMO REAFIRMAÇÃO DAS EXPECTATIVAS NORMATIVAS: O FUNCIONALISMO RADICAL DE JAKOBS

Pode-se afirmar[64-65] que a teoria do bem jurídico, na quadra atual, goza de uma certa hegemonia.[66] Entretanto, um qualificado setor doutrinal encabeçado por Jakobs[67] tem rechaçado dito teorema, postulando como alternativa a uma noção material do delito, a noção da "proteção da vigência do ordenamento (lesão de dever)".[68] Assim, para Jakobs, a função do sistema penal é reafirmar a vigência do ordenamento jurídico contra possível lesão.[69] Nesse passo, o penalista alemão informa que segue as pegadas da teoria sistêmica de Luhmann, que entende que a função do direito se encontra na combinação de duas distin-

64. Importa notar, por relevante, que Roxin também sustenta postura funcionalista. Todavia, seu funcionalismo é moderado, na medida em que a função de prevenção geral positiva é limitada pela culpabilidade e por princípios de política criminal. Daí, o propósito de se conferir destaque ao funcionalismo radical de Jakoks, que não se encontra limitado pela política criminal, bem como pela teoria da culpabilidade. Os contornos da teoria funcional de ROXIN, Claus, são dados na obra *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 13-56.

65. Ver HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. Trad. Fernanda Lara Tórtima. In: GREGO, Luís; TÓRTIMA, Fernada Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 15-24. Na lição de Hassemer, o funcionalismo significa, na atualidade, a migração do interesse político para os princípios normativos da determinação do merecimento de pena e de sua execução, enriquecendo o conceito de culpabilidade com elementos relacionados à perseguição de fins preventivos. Ver p. 15-16.

66. O que é admitido pelos próprios partidários do pensamento jakobsiano, como HIRSCH, Andrew Von. Op. cit., p. 37.

67. Ver SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 25-47.

68. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*. Barcelona: Atelier, 2003. p. 19-20.

69. JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. vol. 6, p. 1-3. Conforme Jakobs, o seu funcionalismo jurídico-penal se concebe como a teoria pela qual o direito penal está orientado a garantir a identidade normativa e constituição da sociedade, diferenciando, por isso, os sistemas sociais dos sistemas psíquicos, encontrando "na atualidade na teoria dos sistemas de Luhmann". Ver p. 3.

ções: expectativas normativas/expectativas cognitivas[70] e a distinção do código direito/não direito.[71]

Com efeito, a funcionalidade do direito, para Luhmann, diz respeito à estabilização das expectativas normativas, o que se dá pela regulação de generalização temporal, objetiva e social.[72] Luhmann,[73] nesse particular, entende que, nas sociedades complexas do século XXI, já não são mais suficientes mecanismos pessoais de iteração para se obter a segurança/confiança.[74] E, face à hipercomplexidade atual do mundo, é que o direito se encarrega de uma só "função", a saber: manter as expectativas de conduta que se estabilizam contrafaticamente contra os enganos. E, para tanto, o direito apresenta-se como um subsistema da sociedade,[75] que mantém autonomia e fechamento operativo frente aos demais subsistemas (como economia, religião, ciência, mercado etc.),[76] uma vez que, somente assim, garante sua autopoiese e pode

---

70. Consultar LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 42-122.

71. Ver RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Episteme y derecho: uma exploración jurídico-penal*. Granada: Comares, 2004. p. 254-255.

72. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Herder, 2005, p. 188-189.

73. Para LUHMANN, a sociedade pós-moderna não aceita discursos reguladores de sua totalidade, pretendendo evitar que seu sistema se converta em uma pretensão metafísica, eliminando, portanto, qualquer pretensão de a sociologia apresentar um observador dominante, visto que a única verdade que se pode expressar sobre a sociedade atual é a complexidade. Consultar LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 101-127.

74. Nesse particular, ver ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18-21.

75. Consultar PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación: uma aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 2005. p. 37-87.

76. Ver LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para uma teoría general*. Trad. Silvia Pappe e Brunilda Erker. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 37-76. Para Luhmann, a diferença entre sistema e entorno é fundamental para a teoria da autopoiésis, já que a complexidade (indeterminação e/ou carência de informação) moderna exige uma reflexão e informação, que somente podem ser obtidas no interior de um determinado sistema, que deve diferenciar-se de seu entorno. Ver. p. 50-51.

reduzir complexidade.[77-78] Em resumo, para Luhmann, não pertence ao fim da norma orientar motivações pessoais que levam ao seu fiel cumprimento, pois aí, segundo ele, entram em jogo outros equivalentes funcionais. O que importa, portanto, é que a norma se estabilize frente aos fatos, emprestando proteção àquele que possui uma expectativa de que a norma será cumprida.[79] Em uma palavra, ainda conforme Luhmann, o direito é o dispositivo que tem a função de estabilizar as expectativas normativas, limitando as possibilidades de comportamento.[80]

Nesse estado da arte, Jakobs, arrancando dos postulados sistêmicos, estabelece que a função do direito penal se destina a manter a identidade social, restabelecendo, no plano da comunicação, a vigência perturbada pela infração. Dessa forma, como a sociedade é construída por normas, e, não, por bens ou interesses, deve-se garantir, pela sanção penal, a vigência do ordenamento jurídico, já que "a sanção contradiz o projeto do mundo do infrator da norma. De efeito, este afirma a não vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante".[81] Dizendo de outro modo, a dor penal, para Jakobs, serve para a salvaguarda da vigência cognitiva da norma, ou seja, o fim da pena apresenta-se como a contradição da negação da vigência da norma levada a cabo pelo delinquente, mantendo-se a orientação do direito e sua vigência.[82] Assim, a pena diz com a sanção à ofensa da norma, assumindo uma função de prevenção geral positiva, na medida em que a intimidação (prevenção geral negativa) não se apresenta como efeito primordial da dor penal, até porque não há comunicação com a psique humana. Em resumo, para o fun-

77. Os contornos da teoria sistêmica de Luhmann, que apresenta o Direito como um sistema autopoiético, são dados por TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. Consultar, de igual sorte, do mesmo autor: *Direito, sistema e policontexturalidade*. Trad. Brunela Vieira de Vicenzi e outros. São Paulo: Unimped, 2005. Por fim, *El derecho como sistema autopoiético del la sociedad global*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Peru: Ara, 2005. p. 35-40.

78. Consultar NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 140-148.

79. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para uma teoría general* cit, p. 191-192.I.

80. Idem, p. 193.

81. Ver JAKOBS, Günther. *Sociedade...* cit., p. 13.

82. JAKOBS, Günther. *La pena estatal*: significado y finalidad. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra:Thomson Civitas, 2006. p. 141-144.

cionalismo de Jakobs, o direito penal protege a vigência da norma como efeito de uma prevenção geral positiva, visto que, para ele, a prevenção geral negativa (intimidação) se encontra inserida na prevenção geral, garantia à confiança na vigência da norma.[83-84] É, por tal razão, que o direito penal, no funcionalismo jakobsiano, é despido de propósitos ressocializadores (que, na dicção do autor, instrumentalizam o homem), bem como da intenção de prevenir crimes, tarefa debitada à polícia, já que a pena é, nas palavras de Jakobs, "(...) una reacción frente al delito que asegure que la fidelidad al ordenamiento jurídico se mantenga como actitud natural de mayoría de todas las personas (...)".[85]

Na mesma linha de Jakobs, perfila-se a doutrina de Müssig, que, seguindo os ensinamentos jakobsianos, aduz que as normas são esquemas simbólicos de comunicação que determinam os caracteres fundamentais para a configuração da sociedade. Portanto, no pensamento de Müssig, "las normas son estruturas reflexivas de expectativas".[86] Assim, a legitimidade do controle penal não pode ser extraída do bem jurídico, que, na complexidade do mundo atual, esgotou seus limites práticos e teóricos, já que carece de uma teoria social que estabeleça uma conexão entre o direito e a configuração da sociedade. Nesse particular, entende que os critérios materiais para a identidade da sociedade já não estão previamente dados, mas, sim, construídos, de forma controvertida, nas autodescrições dos subsistemas sociais, daí o porquê de as expectativas não se referirem tão só a contatos sociais diretos, mas também ao estabelecimento de instituições ou à conformação dos sistemas parciais. Em resumo, no entendimento de Mussig, nas sociedades complexas em que se vive, os contatos deixaram de ser diretos, passando a ser definidos por sistemas sociais hipercomplexos, não bastando, portanto, determinar as esferas do sujeito a partir de bens jurídicos clássicos. O que importa é garantir

---

83. Idem, p. 148-149.

84. Consultar LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 12-13. Conforme Lynett, a teoria da pena de Jakobs se enquadra dentro da denominada prevenção geral positiva, na qual a finalidade da pena é manter a vigência da norma como modelo de contrato social.

85. JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad* cit, p. 144.

86. MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y los fundamentos de uma teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 36.

a possibilidade de participação nos sistemas, acompanhando a modernização de fragmentação social.[87]

Em síntese, pode-se referir que, no funcionalismo de Jakobs, a pena é um instrumento para resolver as defraudações de expectativas, que, por serem normativas, não podem ser estabilizadas de outra forma (como o que ocorre com as cognitivas, que admitem o desapontamento), na medida em que o crime perturba a confiança na fidelidade ao direito. E o que importa não é a expressão subjetiva do autor, senão o que o fato delitivo representa, objetivamente, à sociedade, já que a prática de infrações à norma corrói a segurança na manutenção das expectativas.[88] Nessa perspectiva funcional, a pena se move em um plano simbólico ou comunicativo e, não, como um instrumento de proteção a bens jurídicos, uma vez que se trata de uma comunicação frente ao crime, desautorizando a infração à norma. Na síntese de Feijoo Sánchez, "las normas cumplen uma función social o institucional com independencia de su influencia psicológica em los individuos".[89]

A função do subsistema do direito penal, nos lineamentos de Jakobs, é manter a configuração social, que é garantida por normas, isto é, mediante estabilização das expectativas de condutas fiéis ao direito, o que é imprescindível para o funcionamento da sociedade, daí o porquê de não possuir a função de proteção de bens jurídicos. A pena adquire um expressivo sentido comunicativo de restabelecer a confiança no direito, convocando os indivíduos ao reconhecimento e á fidelidade aos comandos normativos.[90] E o não menos importante é o fato de que o direito penal possui um caráter neutral, não sendo informado

87. MÜSSIG, Bernd. Op. cit., p. 56-69.

88. Nesse sentido, a doutrina de FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La normativización del derecho penal: hacia uma teoría sistémica o hacia uma teoría intersubjetiva de la comunicación. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 435-544. Conforme o autor, para Jakobs o delito é um exemplo insuportável que desorienta a vida social. Logo, a pena é um instrumento para restabelecimento das coisas como estavam antes da prática do crime, não estando a serviço da vítima ou da ressocialização do acusado, senão para a validez do direito. Destarte, com a imposição da pena, está se reafirmando a confiança geral no direito. Ver p. 463.

89. Idem, p. 466.

90. Ver JAKOBS, Günther. Sobre la gênese de la obligación jurídica: teoría y praxis de la injerencia el ocaso del domínio del hecho. In: _____; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conferencias sobre temas penales*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 38-48.

por valores e ou princípios de política criminal.[91] De se notar, por relevante, que, nesse particular, sofre duras críticas, pois, como informa Gómez-Jara Díez,[92] já que seus postulados retribuitivo-funcionais da pena carecem de um substrato material, centrando-se na estabilização do sistema jurídico, seu projeto padece de vagueza e abstração, culminando por fundamentar qualquer sistema jurídico, totalitário ou democrático. Cuida-se de um fundamento positivista e formal, na acurada observação de Cancio Meliá.[93]

De outro lado, o que se revela mais problemático é que Jakobs apresenta uma distinção entre a função manifesta e a função latente da pena, até como forma de ser coerente com os postulados sistêmicos. Assim, a função manifesta da pena, para ele, refere-se à manutenção das expectativas normativas e à confirmação da identidade da sociedade; já a função latente possui uma direção de motivação e de fins preventivos. Pode-se afirmar, dessa forma, que a pena se dirige a destinatários distintos dependendo de sua função. Sob esse aspecto, o efeito confirmatório vai destinado às pessoas (participantes da comunicação) que exercem fidelidade ao direito, enquanto a função latente vai dirigida a quem carece de disposição jurídica para cumprir a lei, isto é, aos não-pessoas, na medida em que a intimidação não é reação frente a pessoas.[94] Com isso, Jakobs acaba legitimando o seu criticado direito penal do inimigo, conforme ensinamento de Cancio Meliá e Feijoo Sánchez,[95] pois a função de estabilização social, bem como o fim de prevenção geral (manutenção da vigência da

---

91. Consultar JAKOBS, Günther. *Sociedade...* cit., p. 23. Nas suas palavras, "a decisão acerca de se se trata de um processo de criminalização excessivo ou desnecessário, ou, pelo contrário, da necessária defesa do nuclear, é puramente política, mas não jurídico-penal."

92. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Teoría de sistemas y derecho penal. In: _____ (org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 385-434.

93. Consultar, nesse sentido, CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal em uma teoría funcional del delito. In: JAKOBS, Günther; _____. *Conferencias sobre temas penales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 121-147. No pensamento de Cancio Meliá, a teoria de Jakobs, nesse particular, peca por um excessivo "sociologismo" e por uma "excessiva subserviência" a uma situação já dada, na medida em que não questiona os fundamentos do Estado a que serve. Ver p. 142-143.

94. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Op. cit., p. 420.

95. CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. ¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar. In: JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Navarro: Thomson Civitas, 2006. p 18-19.

norma) possuem o desiderato de tratar o delinquente como pessoa, e, não, como objeto; entretanto, tal garantia só é possível se o infrator emprestar fidelidade ao direito, pois, do contrário, já não poderá ser tratado como pessoa, senão como inimigo.

E esse não é o único aspecto negativo de sua teoria, visto que também se revela problemático o fato de que, na perspectiva jakobsiana, o direito constitui a sociedade, mas não problematiza e/ou informa aspectos substanciais de tal sociedade, daí sua caída numa certa "absolutização/decisionismo" de dita função. E o que parece ser mais grave, com a "dor penal", o teste de fidelidade ao direito torna possível imprimir ao inimigo um direito penal de exceção (Cancio Meliá e Feijoo Sánchez).[96]

Em síntese, é razoável afirmar que o funcionalismo de Jakobs confere importante elemento sociológico à dogmática jurídico-penal, pois trabalha com a complexidade da sociedade moderna e a fragmentação do código moral. De igual sorte, questiona a possível instrumentalização do homem, que pode ser "coisificado" em prol de uma prevenção geral (intimidatória e especial). Todavia, o aspecto negativo de seu teorema repousa no fato de que não observa à qual sociedade serve e qual pretende constituir, carecendo de aspetos axiológicos e de uma política criminal racional, o que culmina na irracionalidade do direito penal do inimigo.

## 4. A NECESSÁRIA DIALÉTICA ENTRE O FUNCIONALISMO E O TEOREMA DO BEM JURÍDICO NA BUSCA DE UMA RACIONALIDADE PARA O DIREITO PENAL

De logo, cumpre notar, que a teoria sistêmica de Luhmann e seu construtivismo possibilitam uma consistente crítica aos atuais contornos do sistema penal contemporâneo, especialmente no que concerne à tendência de ampliar as matérias que estão sob seu controle, que se detectam sob o rótulo modernização/expansão do direito penal,[97] não obstante sofra crítica contundente,[98] sendo, por vezes, de forma indevida, etiquetada como anti-humanista e for-

96. Idem, p. 42-56.

97. No trato da questão do projeto de modernização/expansão do controle penal, por todos, ver MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos*... cit., p. 45-136 e, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., p. 3-10.

98. Nesse particular, destaca-se BARCELLONA, Pietro. *Postmodernidad y comunidad*. Trad. Héctor Claudio Silveira Gorski et al. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 23-29. Do mesmo autor, *El individualismo propietário*. Trad. Jesus Ernesto García Rodríguez. Madrid: Trotta, 1996. p. 125-148.

malista, bem como a teoria responsável pela exasperação do controle penal na pós-moderna sociedade do risco.[99] Com efeito, já foi notado que o sistema penal não só regula conduta de seres humanos isolados, mas também projeta sua ação no âmbito nas relações econômicas, de consumo, ecológicas, tributárias, societárias, do mercado de valores, da criminalidade das empresas e organizações etc., passando, portanto, a controlar o funcionamento de complexos sistemas sociais modernos,[100] E, nesse estado da arte, a teoria sistêmica de Luhmann permite uma interessante observação das sociedades pós-industriais, principalmente por reconhecer que, na idade da pós-modernidade[101] e consequente perda dos grandes relatos herdados da metafísica, a sociedade é altamente complexa e, pela necessidade de antecipar o futuro, é informada pelo risco.[102-103] De outro lado, pela complexidade, na sociedade, desenvolveram-se sistemas parciais (como aquisição evolutiva da sociedade), que se diferenciaram do sistema social, a partir da informação especializada, isto é, subsistemas que se autonomizaram no interior da sociedade, construindo, pela informação e conhecimento, uma dinâmica própria, alcançando um alto grau de complexidade, o que inviabiliza uma macrorregulação sistêmica e, caso tentada, tende a fracassar.[104] E a impossibilidade de uma regulação total e com-

---

99. Consultar PORTILLA CONTRERAS, Guilhermo. Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal. In. _____ (org.). *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005. p. 57-85. Com efeito, para Portilla Contreras, existe uma íntima relação entre o formalismo jurídico e o funcionalismo sociológico, daí a crítica que centra contra Luhmann e Jakobs, no sentido de que forjaram um "direito neutral", que perpetua as relações econômicas (individualismo proprietário) e, na opacidade do direito, esconde as desigualdades materiais entre os possuidores e não possuidores, obtém o consenso de que necessita o sistema econômico, consistindo, em suma, na concepção de um sistema jurídico sem sujeitos e sem democracia. Ver p. 57-74.

100. RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Op. cit., p. 258.

101. Para um conceito de pós-modernidade, importa leitura da obra coletiva *La posmodernidad*, organizada por FOSTER, Hal. 6. ed. Barcelona: Kairós, 2006.

102. Para ver os contornos da sociedade do risco, consultar LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Trad. Javier Torres Nafarrate. 3. ed. México: Universidad Iberoamericana, 2006. De igual sorte, BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia uma nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro e outros. Madrid: Paidós, 2006.

103. Na dialética modernidade e sociedade do risco, de relevo, a leitura: *Las consecuencias perversas de la modernidad:* modernidad, contingencia y riesgo. GIDDENS, Anthony; BAUMAN, Zygmunt; LUHMANN, Niklas; BECK, Ulrich. In: BERIAN, Josetxo (org.). *As consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 2007.

104. Ver TEUBNER, Gunther. *Direito...* cit., p. 21-75.

pleta decorre da falta de conhecimento e informação acerca do funcionamento do sistema em que se pretende intervir (veja-se, nesse particular, a atual crise econômica da União Europeia e as dificuldades para se controlar o sistema do mercado global), bem como da incapacidade de se prever as consequências de dita intervenção.[105]

Para resolver a questão da complexidade da relação entre os subsistemas e a crise do sistema regulatório, a teoria sistêmica concebe o direito como um subsistema autopoiético, que opera normativamente fechado (e cognitivamente aberto), sendo instrumentalizado pelo seu próprio código direito/não direito, não detendo a pretensão de regular ou interferir no funcionamento dos demais subsistemas sociais (mormente pela impossibilidade de um controle direto), até porque, como ensina Teubner, "os conflitos sociais não são simplesmente traduzidos para a linguagem jurídica, mas antes reconstruídos autonomamente como conflitos jurídicos dentro do próprio sistema jurídico".[106] Dessa forma, a teoria sistêmica informa que os intentos da política ou do direito podem fracassar se não levarem a sério a complexidade do sistema que pretendem regular, podendo cair no dilema da figura do "trilema regulatório" (Teubner),[107] que aduz que quando não se toma em consideração os limites que impõe a *autopoiesis*, a questão desemboca numa incongruência da "sobrelegalização da sociedade" ou uma "sobressocialização do direito". A consequência disso, especialmente para o direito penal, é que a intervenção pode restar subsumida no plano meramente simbólico,[108] por não alcançar os efeitos manifestos da legislação, ou termina por destruir as estruturas referenciais do sistema penal, que passa a funcionar "invadido" pela política,[109-110] propiciando, pois, o seu uso político.[111] Destarte, a teoria autopoiética apresenta limites para a regu-

105. RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Op. cit., p. 258-259.

106. TEUBNER, Gunther. *Direito*... cit., p. 117.

107. Idem, p. 124.

108. Conforme NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 6-54.

109. RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Op. cit., p. 258-259.

110. Luhmann sustenta que um sistema jurídico exposto, frequentemente, a intromissões opera em um "estado de corrupção", já que reconhece, por meio de suas normas, que não pode resistir à pressão política e que, embora não renunciando à normatividade, simula agir sob o manto da legalidade. E, nesse estado de corrupção, ainda segundo Luhmann, o direito é subordinado oportunisticamente às elites que são capazes de se impor. Consultar LUHMANN, Niklas. *El derecho*... cit., p. 137.

111. Consultar ALBRECHT, Peter-Alexis. Op. cit. Conforme Albrecht, o direito penal do risco pós-moderno, que parte do reconhecimento de que a moderna sociedade indus-

lação estatal, colocando em manifesto que o direito penal não pode cumprir determinadas funções que lhe são atribuídas e, no limite, que dita funcionalidade pode ficar limitada na "boa intenção do legislador".[112] Sob esse aspecto, importa observar que, na atualidade, o controle penal não cumpre as funções preventivas que lhe são impostas como finalidade da pena, visto que os dados empíricos têm informado que o endurecimento das penas não tem evitado a prática de delitos,[113] tampouco, tem-se alcançado a ressocialização, na medida em que entram em cena outros equivalentes sociais como a família, trabalho, educação etc.[114] Também parece não ser possível buscar uma integração social em termos de valores, na medida em que não há comunicação entre o subsistema jurídico e o entorno (local onde se encontra o homem), mormente pela dificuldade de ser ter acesso à mente humana. Demais disso, no que é mais relevante, o direito não é um sistema central da sociedade, não podendo, portanto, impor um código de valores e normas válidos para todos os demais sistemas, já que os demais sistemas possuem um conhecimento e uma racionalidade própria. Em uma palavra, cumpre ao direito penal, pois, atentar para um autocontrole,[115] já que não consegue debelar problemas sistêmicos.[116]

---

trial produz riscos que ameaçam a coletividade e, com isso, geram uma demanda por segurança, notadamente para fazer frente aos riscos ecológicos, nucleares, da química industrial etc. E, nessa onda de uma política de redução dos riscos, da qual faz parte o controle penal, surge o direito penal simbólico, que, na leitura de Albrecht, se refere ao controle penal da proteção sistêmica, que é armado, primariamente, como um instrumento para elegibilidade política. Ver p. 4-5.

112. Ver DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e riscos: vínculos com o futuro.* Porto Alegre: Safe, 1998. p. 185-200.

113. Veja-se a crítica de HASSEMER, Winfried. *Direito...* cit., p. 81-153.

114. Conforme Mir Puig, Santiago, o direito penal constitui um dos meios de controle social existentes nas sociedades atuais, já que a família, a escola, o trabalho, os grupos sociais também constituem meios informais de controle social. Ver *Derecho...* cit., p. 49.

115. RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Op. cit., p. 261.

116. Nesse sentido, DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória.* Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 130-131. Para De Giorgi, o direito penal não controla a realidade da comunicação social, revelando-se somente capaz de se controlar, não possuindo, portanto, a função de estabilizar uma ordem social, na medida em que pressupõe uma ordem social. Assim, segundo De Giorgi, o controle sobre si mesmo é a única garantia de racionalidade do sistema penal (e evitar a barbárie da inclusão somente pelo sistema penal). Nas suas palavras, "na moderna sociedade contemporânea o futuro é percebido como risco, como consequência de uma decisão que poderia ser outra, como horizonte da incerteza, que não poderia ser

Nesse sentido, Müller-Tuckfeld,[117] após oferecer potente crítica acerca da funcionalidade do direito penal à proteção do meio ambiente, bem como aos delitos cumulativos cunhados por Kuhlen, nota que a criminalização dos crimes ambientais individualiza problemas sistêmicos, impedindo uma política racional e efetiva, já que a conclusão do discurso penal é a de que a destruição do meio ambiente se vincula, basicamente, à conduta ilegal e ilícita de atores individuais, descurando-se do fato de que o problema social tem a ver com as formas de produção e com a lógica do sistema capitalista, que despreza limites, notadamente ecológicos. Aqui repousa, conforme Müller-Tuckfeld, o verdadeiro problema que enfrenta o direito penal ambiental. Não é por acaso, segundo o autor, que a maioria esmagadora dos crimes ambientais são praticados com licença da autoridade executiva, essa, portanto, a razão de se presenciar uma penalização da desobediência administrativa. E, conclui, sinalando que o controle penal do meio ambiente está fadado ao simbolismo, já que é utilizado como pedagogia social (*soft* Law),[118] isto é, como meio para socialização/educação. Nas suas palavras, "el derecho penal del medio ambiente se convierte así em uma especie de academia popular para educar al auditorio em los cuidados que necessita la naturaleza".[119]

Ora, parece que se esqueceu de que o direito não pode controlar, com plena autoridade, questões epistêmicas, embora não se olvide, por outro lado, que não pode delegar, totalmente, à autoridade sistêmica os outros discursos sociais, sob pena de "colonização do mundo da vida" (Teubner).[120-121] Todavia, impõe que se reconheçam os limites da sua regulamentação, sob pena de se deslizar para o plano meramente simbólico quando se descura de suas limita-

---

absorvida... Porque o ambiente é como é e não se deixa controlar, o direito, da mesma forma que os outros sistemas sociais, deve reforçar a disponibilidade cognitiva de sua estrutura, ou seja, sua capacidade de apreender a partir de si, de apreender com a situação e reduzir as pretensões de consistência de suas operações". Ver p. 131.

117. MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. Ensayo para la abolición del derecho penal del medio ambiente. Trad. Elena Iñigo Corroza e outros. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (org.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 507-530.

118. Conforme HASSEMER, Winfried. *Direito*... cit., p. 196, referindo que se aplica o controle penal como instrumento pedagógico para "sensibilizar" as pessoas e, que apesar de seus severos instrumentos, constitui-se em um meio de condução da sociedade.

119. MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. Op. cit., p. 524-525.

120. TEUBNER, Gunther. *El derecho*... cit., p. 63.

121. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade* I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 60-63.

ções (veja-se, num outro exemplo, o combate ao uso de drogas).[122] Em uma palavra, o direito penal não é o "senhor do tempo",[123] só estando aparelhado para solucionar conflitos que é capaz de construir por si mesmo, revelando-se, de outro lado, impermeável para os problemas e situações que não se podem imputar, prioritariamente, a autores individuais.

Em resumo, não se pode passar por alto sobre o fato de que para uma desejada integração social, concorrem vários equivalentes funcionais, havendo dependência de vários sistemas. Por tal motivo, o direito penal não está em condições, de, por si só, implementar a integração, podendo, de outro lado, concorrer para dita integração, revelando-se como uma importante estratégia que garanta a autonomia e o funcionamento dos diversos sistemas sociais; entretanto, através de uma política jurídica que renuncie à pretensão de controlar o futuro (e os riscos sistêmicos), concentrando-se, portanto, em reagir de forma *a posteriori*, frente a graves violações da ordem estabelecida (que implique a alteração das pré-condições à integração social e viole o discurso social), impondo ao transgressor a sanção como retribuição comunicacional ao seu comportamento.[124]

Por outro lado, a insuficiência do funcionalismo de Jakobs decorre do fato de que o sistema penal é reduzido à função de reafirmar a vigência da norma face ao conflito de expectativas, conceito que carece por completo de um núcleo descritivo, constituindo-se em um conceito de direito puramente normativo, partindo, portanto, de uma imputação realizada exclusivamente desde o direito. E o não menos problemático, como denuncia Schünemann,[125] é que se trata de um modelo de direito penal adaptável a qualquer política criminal, na

---

122. Na lição de NEUMAN, Elías. El modelo neoliberal y la legalización de las drogas. In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1349-1362. Na lição de Neuman, o consumo de drogas tem a ver com o modelo neoliberal e a sociedade de consumo. No seu entender, o que se vende são seres humanos às drogas, daí o porquê de a repressão penal não proibir nada, já que o consumo aumenta, propondo, portanto, a descriminação e despenalização. Ver p. 1361.

123. Ver OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 377-384. Na lição de Ost, "como se vê, os dois movimentos de sobrepenalização e de segurança convergem e reforçam-se para fazerem da norma penal e da justiça repressiva o derradeiro baluarte de uma sociedade com falta de referência. Duvidamos, contudo, que uma sociedade possa instituir-se de forma durável a partir unicamente da ameaça da repressão". Ver p. 383.

124. RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Op. cit., p. 261.

125. SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones*... cit., p. 45-47.

medida em que rechaça qualquer delimitação descritiva, reputada por Jakobs como "falácia naturalista". De outro lado, também é criticável a sua indiferença com as repercussões na esfera psicofísica (entorno), uma vez que o direito penal busca a fidelidade e a confiança na vigência da norma, sendo despojado da função ressocializadora,[126] que, embora difícil de ser implementada, não pode ser desprezada por completo. Com efeito, como refere Feijoo Sánchez, uma teoria adequada do controle penal não pode renunciar à sociedade, mas, tampouco, pode renunciar ao individuo e a seus vínculos normativos com o sistema social e jurídico, revelando-se problemática na "cegueira" para o papel que desempenha o direito em relação às pessoas.[127]

Dessa forma, quando Jakobs confere ao direito penal a função da manutenção da estabilidade do sistema, valorando mais a sociedade do que o indivíduo, corre-se o risco de se chegar a um formalismo e funcionalismo vazios de conteúdo (Kaufmann).[128] Nesse passo, razão assiste a Alcácer Guirao, quando nota que a dogmática jurídico-penal deve incorporar um conceito material de delito (substancialismo), o qual está intimamente ligado à ideia de proteção de bens jurídicos, porque aí se assume que o direito penal aspira a um fim de proteção de determinados interesses considerados valorados pela sociedade e, por isso, são merecedoras de punição somente as condutas que se revelarem ofensivas (relevantes e antijurídicas).[129] Daí a correção da crítica de Schünemann, quando reputa que o edifício intelectual da dogmática jurídico-penal de Jakobs parte de uma premissa "decisionista".[130]

Assim, o estado da arte atual, na correta leitura de Eser, informa que o jurista deve estabelecer limites ao corrente processo de espiritualização/

126. PRIETO NAVARRO, Evaristo. La teoría de sistemas y el problema del control de la conduta: perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org.) *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 295-317.

127. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 525. Conforme Feijoo Sánchez, o inconveniente da teoria sistêmica é não teorizar o porquê de a sociedade impor penas, bem como de por que determinado indivíduo deve suportar a imposição de uma sanção penal; daí o motivo pelo qual entende que a teoria social de Luhmann deve ser complementada pela teoria intersubjetiva de Habermas e sua reconstrução da relação entre indivíduo e a sociedade.

128. KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho em la posmodernidad*. Trad. Luis Villar Borda. 3. ed. Bogotá: Temis, 2007. p. 13.

129. Idem, p. 20-21.

130. Idem, p. 45-46.

abstração do conceito de injusto, que passou, sob o viés formalista, a ser entendido como mero ataque ao ordenamento jurídico, com a correspondente desindividualização do bem jurídico.[131] Ora, como leciona Mir Puig, no ambiente de um Estado Social e Democrático de Direito, corresponde ao direito penal uma função limitada de delitos, não podendo ser entendido como um sistema normativo cujo sentido se esgota na manutenção de suas próprias normas, senão que se trata de um sistema normativo que também está a serviço dos seres humanos.[132] Por outro lado, não se pode perder de vista que a teoria monista do bem jurídico, por si só, não está em condições de satisfazer a pretensão de Hassemer,[133-134] de se constituir em um instrumento decisório/limitador do que é merecedor de proteção penal (potencial crítico-sistemático), necessitando, portanto, ser complementada por outros fatores (elementos externos), como considerações políticas, éticas, filosóficas e instrumentais,[135] encorpando-se, enfim, com algumas diretrizes axiológicas de índole de política criminal.

---

131. ESER, Albin. Op. cit. p. 41.

132. MIR PUIG, Santiago. Limites del normativismo em derecho penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos Rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 139-174.

133. Os contornos da teoria personalista de bem jurídico de HASSEMER, Winfried, é fornecida no articulado ¿Puede... cit., p. 95-104.

134. Nesse sentido, é o pensamento de SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana* cit., p. 15 e ss., quando refere que o "direito penal clássico" ou "individualismo monista" da Escola de Frankfurt, que parte do postulado de que o bem jurídico devia organizar-se sobre a base do indivíduo como seu valor máximo e objeto de proteção (teoria pessoal do bem jurídico), é demasiado estrito, porque, ao centrar-se na pessoa, esquece que a sobrevivência de toda a espécie (coletividade) é o que constitui o valor supremo. Destarte, no entendimento de Schünemann, face às condições da vida moderna e seu processo de industrialização, não há como fugir da necessidade de se funcionalizar as necessidades humanas. E o olvido da Escola de Frankfurt, conforme Schünemann, chega à questão do meio ambiente, que, segundo o autor, mereceria, proteção de um direito penal mais eficiente e igualitário. Ver p. 26-28.

135. Nesse sentido, WOLHERS, Wolfang. Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *¿La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho o juego de abalorios dogmatico?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 402-408. Nesse passo, Wolhers entende que a teoria do bem jurídico, enriquecida teórico-socialmente, cumpre uma única função: pode deslegitimar tipos penais por não serem, a partir de uma perspectiva normativa da sociedade,

A modo de uma pequena síntese, se se assume que a função do direito penal é proteger bens jurídicos,[136] inferir-se-á uma concepção de fato punível como lesão ao bem jurídico. Por outro lado, um direito penal protetor da vigência do ordenamento jurídico compreenderá o fato punível como uma lesão de dever à norma.[137] Dessa maneira, pode-se dar por consensual o fato de que a noção de bem jurídico apenas pode aportar parâmetros à decisão do legislador (destacadamente um limite negativo), não só pela vaguidade de sua definição, mas também pela multiplicidade de suas acepções.[138] Entretanto, é inegável que cumpre funções de política criminal na tensão entre os interesses da pessoa e os interesses da sociedade, bem como na interpretação constitucional. Em uma palavra, o bem jurídico convoca a interpretação e valoração. Nessa linha, é o pensamento de Alcácer Guirao, quando afirma que, desde o caráter instrumental do direito penal, a construção do sistema e interpretação dos tipos penais devem vir presididos por considerações axiológicas, assumindo, portanto, o conceito material do delito de especial transcendência.[139]

O problema de se assumir um funcionalismo positivista repousa no fato de que a dogmática não se apropria da crítica ao direito ("dogmática afortunada").[140]

---

dignos de proteção penal ou por impossibilidade fática. Em resumo, para o autor, a teoria do bem jurídico, por si mesma, não pode conduzir nem limitar o desenvolvimento do direito penal, a não ser a partir de elementos externos, notando que o próprio direito constitucional (e o princípio da proporcionalidade) não pode fornecer elementos concretos para determinar que comportamentos podem ser puníveis e quais não. Idem, p. 403.

136. Nesse sentido, pensam ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 96, aludindo que o fim de promover a segurança tutelando bens jurídicos é o que marca um limite racional à aspiração ética do direito penal.

137. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *¿Lesión...* cit., p. 23.

138. Nessa linha, consultar SEHER, Gerhardt. La legitimación de normas penales basada em principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *¿La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 69-92.

139. Idem, p. 26-28.

140. O conceito de dogmática "afortunada" (com consequências) é de BURKHARDT, Björn. Dogmática penal afortunada y sin consecuencias. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; _____ (org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 120-175, asseverando que a dogmática pode ser tida como afortunada quando cumpre as funções que dela se espera, especialmente quando

Olvida-se a função criadora da interpretação,[141] o que somente poderá ocorrer a partir de uma concreção interpretativa dos tipos penais em função de postulados valorativos,[142] que devem ser assumidos face ao caráter aberto da linguagem e da maleabilidade semântica dos textos legais.[143] Cumpre, pois, ao dogmático, mirando no dever-ser do controle penal, remeter-se aos pressupostos ideológicos político-criminais, que desenvolvem o programa valorativo de um Estado democrático e social, ancorado na Constituição, mormente pelo fato de que as premissas valorativas da dogmática penal não podem prescindir dos princípios plasmados nos textos constitucionais.[144-145] Como diz Alcácer Guirao, frente ao texto constitucional, o dogmático topa-se com a circularida-

---

propicia avanços, servido como parâmetro de justificação/adequação e justiça ao controle penal.

141. Assim, posiciona-se, por todos, CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal em uma teoría funcional del delito. *Revista Ibero Americana de Ciências Penais*, n. 4, ano 2, p. 223-242. Com efeito, para Cancio Meliá, com acerto, a dogmática penal não é uma atividade limitada à explicação do funcionamento de um determinado sistema legal, senão que tem sempre um componente criador do direito, havendo um consenso generalizado de que o sistema dogmático não existe, na realidade, se não estiver recheado por aspectos político-criminais. Idem, p. 226-227.

142. Consultar DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito: do código penal aos direitos humanos*. Trad. Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2005, especialmente p. 279-323.

143. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *¿Lesión...* cit., p. 29. A questão que se impõe, na lição de Alcácer Guirao, é a de que, para a concepção positivista, o labor da dogmática limita o teórico do direito a oferecer ao juiz as ferramentas para uma interpretação racional e uniforme do direito vigente, sem transcender os marcos da legislação, não abrindo a possibilidade da crítica ao intérprete.

144. Nesse sentir, CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. p. 83-86. Para Carbonell Mateu, o direito penal, de todos os ramos do ordenamento jurídico, é o que mais estritamente está ligado à Constituição, pois, da função da tutela de valores e interesses com relevância constitucional, é que vai se desenvolver o princípio da ofensividade. Assim, para ele, a Constituição é a norma que define e escolhe os valores a serem tutelados pelo ordenamento jurídico, consistindo em um marco da política criminal, na medida em que estabelece umas linhas pragmáticas gerais e contém um sistema de valores estabelecendo, por fim, pelos princípios constitucionais (da proibição do excesso, proporcionalidade, ofensividade), limites materiais à ação do legislador.

145. Ver PIETRO SANCHÍS, Luis. *Justiça constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 261-298, defendendo, a partir da Constituição, que o bem jurídico dependente da tutela penal reclama de um juízo de ponderação, tendo a Constituição, por

de hermenêutica,[146] daí o porquê de a decisão do intérprete não poder fugir da participação na criação do direito.[147]

Logo, o direito penal, orientado por qualquer fim (proteção de bens jurídicos ou vigência da norma),[148] desde uma visão crítica, não pode ser dirigido unicamente a maximizar a prevenção (que pode acontecer em ambas as hipóteses), levando a uma drástica redução da liberdade dos cidadãos, culminando em concebê-los como inimigos, como potenciais autores de lesão a bens jurídicos ou potenciais quebradores das expectativas normativas. Dessa forma, deve-se procurar um equilíbrio razoável entre o fim preventivo e o fim garantístico, rumo a um direito penal do cidadão, otimizador da liberdade, denunciando que todo direito penal que atenda exclusivamente à cara preventiva corresponde ao direito penal do inimigo,[149] levando-se ainda em consideração que o fim da proteção de bens jurídicos pode possuir um potencial limitador e garante, permitindo uma interpretação fática do ato lesivo, opondo considerável barreira a ordenamentos jurídicos baseados em critérios formais e hipernormativizados.[150]

---

si só, como insuficiente para demarcar o bem jurídico, aludindo que ela pode levar, inclusive, a um direito penal máximo. Ver p. 280-282.

146. Ver, por todos, STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 246 e ss., quando ressalta a importância de uma dogmática crítica para "romper com este paradigma antigarantista de dogmática jurídica e/ou ultrapassar os obstáculos que impedem o resgate das promessas da modernidade, é a tarefa que se impõe aos juristas". Idem, p. 249. Daí a contribuição hermenêutica, que ainda, nas lições de STRECK, "é de fundamental importância, a partir da ideia de que a 'verdade', no campo jurídico, é uma verdade-hermenêutica, é dizer, que a experiência de verdade a que se atém a hermenêutica possui profundos coloridos pragmáticos (...)". Idem, p. 264. Por fim, consultar p. 272-283 e ss., quando Streck, apontando ensinamentos gadamerianos, sustenta que a interpretação da lei é uma tarefa criativa, restando a compreensão como a mola mestra da interpretação. De relevo, no trato da interpretação criativa, e, não, reprodutiva do direito, também a leitura de STRECK, Lenio Luis. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 321-242.

147. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *¿Lesión...* cit., p. 30-31.

148. Ver ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines...* cit., p. 19-30.

149. ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 17-38.

150. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *¿Lesión...* cit., p. 114-116.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vem da filosofia a advertência de que o direito penal destinado à proteção de bens jurídicos e/ou da manutenção do ordenamento jurídico necessita de uma comprovação ético-jurídica para ser recepcionado como uma concepção democrática de direito, devendo, portanto, ser concretizado com princípios que inspiram o seu conteúdo (Hoffe).[151] Dessa maneira, no estado da arte em que as questões fundamentais da sociedade estão marcadas sob o signo da violência/exclusão/irracionalidade,[152] importa um certo retorno do pensamento filosófico, que possui a missão de desvelar algo de "indisponível", a fim de livrar o direito do formalismo e da arbitrariedade forjados pelo pensamento objetivista extremo.[153] Destarte, parece que a teoria jurídica deve reconhecer que o direito penal serve ao cidadão, mormente pelo fato de que as normas jurídicas são manifestação do poder e limitam a liberdade de seus destinatários. Logo, desde uma perspectiva democrática, não se revela aceitável supor que as normas penais são um fim em si mesmas, senão um mal necessário a que só se pode recorrer quando não há outro remédio que não a restrição da liberdade, necessitando, por isso, sempre de uma justificação.[154]

Em definitivo, o jurista não pode perder sua "consciência pesada". Na lição de Radbruch, ele deve possuir "em cada instante de sua vida profissional uma plena consciência tanto da necessidade como do caráter profundamente questionável de sua profissão",[155] não podendo ver apenas a lei (relevando-se impotente a qualquer perversão do direito pelo político), nem se entregar ao sonho do "jusnaturalismo" (problema da incerteza e arbitrariedade).[156] Sua função, impele ao questionamento das atuais condi-

---

151. HOFFE, Otfried. Proto-derecho penal: programa y cuestiones de un filósofo. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BUKHARDT, Björn. (org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milênio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 327-366.

152. Ver MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?A questão fundamental da democracia*. 3. ed. rev. e ampl. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 91-105.

153. KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: _____; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 25-46.

154. MIR PUIG, Santiago. Limites... cit., p. 149.

155. Idem, p. 41.

156. RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 107-108, que diz que o direito penal "perdeu sua consciência tranquila", na medida em que a sociedade cada vez mais se divide em camadas sociais, afastando-se da devida justiça penal que somente poderia ser encontrada nos

ções socioeconômicas, abandonando a lógica de "fazer pelo controle penal" aquilo que a política social deixou de fazer pelo homem, (re)estabelecendo um estreita ligação entre a crise do Estado social e de sua política criminal, pois toda política criminal depende de uma política geral do Estado.[157] Como diz Paliero,[158] a ciência penal perdeu sua conotação humanista para assumir o papel de saber tecnocrático, sendo alimentada por um grupo de técnicos. Transforma-se da ciência do homem à ciência da sociedade, perdendo sua "neutralidade" (se, alguma vez, a teve), passando a atuar diretamente no uso da força e na distribuição do "bem negativo" (processos de criminalização), perdendo de vista "a consciência pesada", (funciona como ciência da sociedade, e, não, como do homem), deixando de ter capacidade produtiva autônoma, "sino que sólo puede elaborar los conflictos que el poder social le proporciona em cada momento (autolegitimando, através del *consenso,* la *hegemonía* de este último").[159]

## 6. REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal.* Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito.* Barcelona: Atelier, 2003.

_____. *Los fines del derecho penal: uma aproximación desde la filosofía política.* Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004.

BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietário.* Trad. Jesus Ernesto García Rodríguez. Madrid: Trotta, 1996.

_____. *Postmodernidad y comunidad.* Trad. Héctor Claudio Silveira Gorski e outros. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

princípios da igualdade e justiça. Nas suas palavras, "se é a situação de classe que predominantemente provoca a queda no crime e o uso da pena, deduz-se que não o direito penal, mas, de acordo com a palavra de V. Liszt, a política social é a melhor política criminal, sendo que a tarefa duvidosa do direito repara, contra o criminoso, o que a política deixou de fazer por ele". Idem, p. 108.

157. MIR PUIG, Santiago. *Estado...* cit., p. 04.

158. PALIERO, Carlo Enrico. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a los desafíos de su tiempo. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BUKHARDT, Björn. (org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio.* Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 87-118.

159. Idem, p. 92.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia uma nueva modernidad.* Trad. Jorge Navarro e outros. Madrid: Paidós, 2006.

BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal em el Estado Constitucional de Derecho, Social y Democrático; perspectivas socio-juridicas. In: _____ (org.). *Sistema penal y problemas sociales.* Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión.* Granada: Comares, 2007.

BURKHARDT, Björn. Dogmática penal afortunada y sin consecuencias. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; _____ (org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio.* Valência: Tirant lo Blanch, 2004.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal em uma teoría funcional del delito. In: JAKOBS, Günther; _____. *Conferencias sobre temas penales.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

_____. Dogmática y política criminal em uma teoría funcional del delito. *Revista Ibero Americana de Ciências Penais.* n. 4. ano 2. p. 223-242. Porto Alegre: Centro Ibero-Americano de Ciências Penais, set.-dez. 2001.

_____; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. ¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar. In: JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Navarro: Thomson Civitas, 2006.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales.* Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno.* Madrid: Iustel, 2007.

DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud.* Trad. José Ángel Brandariz García e Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de sueños, 2006.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e riscos: vínculos com o futuro.* Porto Alegre: Safe, 1998.

_____. *Direito, tempo e memória.* Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal: parte general.* 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal.* Trad. Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2004.

_____. *A imprecisão do direito: do Código Penal aos direitos humanos.* Trad. Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2005.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada.* Buenos Aires: Editorial BdeF, 2007.

ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la vítima.* Trad. Manuel Cancio Meliá. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La normativización del derecho penal: hacia uma teoría sistémica o hacia uma teoría intersubjetiva de la comunicación. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. t. 1.

FOSTER, Hal (org.). *La posmodernidad*. 6. ed. Barcelona: Kairós, 2006.

GIDDENS, Anthony; BAUMAN, Zygmunt; LUHMANN, Niklas; BECK, Ulrich. In: BERIAN, Josetxo (org.). *As consecuencias perversas de la modernidade*. Barcelona: Anthropos, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Na apresentação da obra *¿La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* In: HEFENDEHL, Roland (org.). *¿La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. (Prólogo). In: ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Barcelona: Atelier, 2003.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Teoría de sistemas y derecho penal. In: _____ (org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. Trad. Fernanda Lara Tórtima. In: GREGO, Luís; TÓRTIMA, Fernada Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para uma teoría de la imputación em derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (org.). *¿La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Trad. Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *¿La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. Bien jurídico como eje material de la norma penal. Trad. María Martín Lorenzo. In: _____ (org.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. Uma teoria social do bem jurídico. Trad. Luiz Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 87. p. 103-120. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2010.

HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño'. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *¿La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HOFFE, Otfried. Proto-derecho penal: programa y cuestiones de un filósofo. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BUKHARDT, Björn. (org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milênio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Consecuencias político criminales y dogmáticas del princípio de exclusiva protección de bienes jurídicos. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (org.). *Serta in memorian Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004.

HOYOS, Gustavo Balmaceda. Consideraciones críticas sobre el derecho penal moderno y su legitimidad. In: _____ (coord.). *Problemas actuales de derecho penal*. Santiago do Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.

JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

_____. Sobre la gênese de la obligación jurídica: teoría y praxis de la injerencia el ocaso del domínio del hecho. In: _____; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conferencias sobre temas penales*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

_____. *Sociedade, norma e pessoa*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. vol. 6.

_____; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: _____; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

_____. *La filosofía del derecho em la posmodernidad*. Trad. Luis Villar Borda. 3. ed. Bogotá: Temis, 2007.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Herder, 2005.

_____. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

_____. *Sistemas sociales: lineamientos para uma teoría general*. Trad. Silvia Pappe e Brunilda Erker. Barcelona: Anthropos, 1996.

_____. *Sociologia del riesgo*. Trad. Javier Torres Nafarrate. 3. ed. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

_____. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MARTIN, Luis Gracia. A modernização do direito penal como exigência do postulado do Estado de Direito (Social e Democrático). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 88. p. 95-142. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2011.

_____. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Safe, 2005.

MARTÍN, Víctor Gómez. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Política criminal y reforma penal*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

MARX, Karl. *Las crisis del capitalismo*. Trad. Alberto Nadal Fernández. Madrid: Sequitur, 2009.

MELOSSI, Dario. Ripartire de uma sconfitta. *Stuti sulla questione criminale*. vol. 3. n. 1. p. 7-16. Roma: Carocci editore, 2008.

MENDOZA BUERGO, Blanca. Gestión del riesgo y política criminal de seguridad em la sociedad del riesgo. In: AGRA, Cândido da; DOMÍNGUEZ, José Luis; GARCÍA AMADO, Juan Antonio; HEBBERECHT, Patrick; RECASENS, Amadeu. *La seguridad em la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005.

_____. *Estado, pena y delito*. Montevideo/Buenos Aires: IBDEF, 2006.

_____. Limites del normativismo em derecho penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. rev. e ampl. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. Ensayo para la abolición del derecho penal del medio ambiente. Trad. Elena Iñigo Corroza et al. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (org.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Montevideo/Buenos Aires: IBDEF, 2003.

MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y los fundamentos de uma teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001.

NEGRI, Antonio. *La forma-Estado*. Trad. Raúl Sáchez Cedillo. Madrid: Akal, 2003.

NEUMAN, Elías. El modelo neoliberal y la legalización de las drogas. In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PALIERO, Carlo Enrico. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a los desafios de su tiempo. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BUKHARDT, Björn. (org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004.

PIETRO SANCHÍS, Luis. *Justiça constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación: uma aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 2005.

PORTILLA CONTRERAS, Guilhermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007.

_____. Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal. In: _____ (org.). *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *O bem jurídico-penal e a constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011.

PRIETO NAVARRO, Evaristo. La teoría de sistemas y el problema del control de la conduta: perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Episteme y derecho: uma exploración jurídico-penal*. Granada: Comares, 2004.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROMEO CASABONA, Carlos María (org.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

_____. *Derecho penal: parte general I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

_____; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana.* Trad. Manuel Cancio Meliá. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. ¿Derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigencia moral? In: DONNA, Edgardo Alberto. *Obras.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. t. 2.

_____. El princípio de proteción de bienes jurídicos como punto de fuga de los limites constitucionales de los tipos penales y de su intepretación. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *¿La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Trad. Luis Greco. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SEHER, Gerhardt. La legitimación de normas penales basada em principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *¿La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* 2. ed. rev. e ampl. Montevideo/Buenos Aires: IBDEF, 2010.

SKULJ, Agustina Iglesias. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma em el estatuto de la ley penal y em los mecanismos de control. Problemas actuales de derecho penal.* Tese (Doctoral, biênio 2003-2005). Salamanca: Universidad de Salamanca, 2009.

STRATENWERTH, Günter. *¿Que aporta la teoría de los fines de la pena?* Trad. Marcelo A. Sancinetti. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996.

STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.* 8. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.* 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontexturalidade.* Trad. Brunela Vieira de Vicenzi et al. São Paulo: Unimep, 2005.

_____. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Peru: Ara, 2005.

_____. *O direito como sistema autopoiético.* Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general.* Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yánez Pérez. 11. ed. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

WOHLERS, Wolfang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. Trad. Alaor Leite. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 90. p. 97-107. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2011.

_____. Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *¿La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho o juego de abalorios dogmatico?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____. *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A influência da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann na teoria da pena, de Leonardo Isaac Yarochewsky - *RCP* 0/289;
- Ciência penal pós-finalismo: uma visão funcional do direito penal, de Ricardo Breier - *RBCCrim* 46/94;
- Considerações críticas acerca da teoria funcionalista na dogmática penal: "monismo" de Jakobs e "dualismo" de Roxin, de Alcides Marques Porto Pacheco - *RT* 914/201;
- Crítica ao funcionalismo normativista, de Eduardo Demetrio Crespo - *RCP* 12/39;
- Neofinalismo no centenário de Hans Welzel, de Joaquín Cuello Contreras - *RCP* 2/29; e
- O normativismo jurídico-penal: consequência ou resistência ao funcionalismo?, de Bruno Moura - *RBCCrim* 90/13.

60951

# CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DE BENS JURÍDICO-PENAIS. EM BUSCA DE UM CONTEÚDO MATERIAL PARA O PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

6

*Selection criteria for criminal-legal interests*
*In search of material content for the fragmentation principle*

SAVIO GUIMARÃES RODRIGUES

Mestrando em Direito Penal na UERJ. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual; Fundamentos do Direito

RESUMO: Com o presente estudo se pretende analisar a relevância da teoria do bem jurídico no sistema penal brasileiro, notadamente sob o aspecto da influência que deveria ter no momento de elaboração das normas incriminadoras. Procura-se averiguar as importantes contribuições que o bem jurídico-penal pode oferecer na estruturação do sistema normativo punitivo. Sugere-se construir um sistema baseado no regime jurídico dos direitos fundamentais e no postulado da proporcionalidade (princípio formal de legitimação) para impor a limitação e a vinculação do legislador ordinário aos ditames da Constituição Federal já no momento de seleção dos bens jurídicos com relevância penal. Sendo a lei penal uma norma restritiva de direitos fundamentais por natureza, sua legitimidade depende do resultado do embate entre os valores constitucionais que se almeja proteger mediante a cominação penal e aqueles afetados tanto pe-

ABSTRACT: The present study aims to examine the relevance of the theory of legal interest in the Brazilian criminal justice system, especially on its due influence at the time of defining the incriminatory rules. It seeks to examine the important contributions that the criminal-legal interest can provide for the setup of the punitive legal system. We propose the creation of a system based on the legal system underlining the fundamental rights and on the principle of proportionality (formal principle of legitimation) to impose, on the common legislator, limits and adherence to the Federal Constitution doctrine during the selection of legal interests with criminal relevance. As the criminal law is by nature a restrictive law of fundamental rights, its legitimacy depends on the outcome of the clash between the constitutional values that it aims to protect through the threat of punishment and those affected by the primary premises of prohibition as well as the

los preceitos primários de proibição quanto pelos secundários de sanção. Somente quando o bem jurídico for constitucional e penalmente relevante, além de preponderar sobre as consequências da criminalização diante das circunstâncias fáticas e jurídicas que conformarão o tipo, a lei penal que o tutela passará pelo primeiro dos requisitos rumo a uma constitucionalidade material.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito penal e Constituição - Direitos fundamentais - Bem jurídico - Proporcionalidade - Fragmentariedade.

secondary ones of the penalty. Only when the legal interests are constitutional and criminally relevant, besides prevailing on the consequences of criminalization before the factual and legal circumstances that model the offense, the penal law will pass by the first requirement towards material constitutionality.

**KEYWORDS:** Penal law and Constitution - Fundamental rights - Legal interest - Proportionality principle - Incompleteness.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O bem jurídico-penal: a evolução dogmática do conceito - 3. A situação atual da discussão - 4. O conteúdo do princípio da fragmentariedade - 5. Conclusão - 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A vinculação da norma penal aos ditames da Constituição não é em si um tema novo, tendo sido objeto de incontáveis estudos, notadamente nas últimas décadas. E nem poderia ser diferente.

A partir do momento em que se reconheceu na Constituição a decisão fundamental de um povo, marco original e superior de um ordenamento jurídico, e que se pretende conformador da realidade social,[1] torna-se quase intuitivo que todas as normas devam, afinal, referir-se à Lei Maior, retirando dela seus fundamentos de validade.

Note-se, porém, que a vinculação imposta pela Carta não se resume ao cumprimento de requisitos formais ou procedimentais. O fundamento de validade das demais normas componentes do ordenamento jurídico decorre de sua deferência tanto formal quanto material à norma superior,[2] ou seja, não lhes basta serem editadas segundo regras de competência ou de processo

1. Em outras palavras, quando se reconhece na Constituição uma força normativa muito além do mero repositório de diretrizes abstratas. Assim, em: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991; e também BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

2. Tanto mais quanto se conceba a Constituição como um sistema misto de regras e princípios abertos a valores. Por todos, nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes.

legislativo,[3] estão também sujeitas à conformidade com o núcleo valorativo da Constituição, notadamente com os direitos e garantias fundamentais.

Com as normas penais, por maiores razões, as coisas não se passam de outro modo. Enquanto veículos do poder punitivo do Estado, em sua vertente mais invasiva e, portanto, mais perigosa, devem respeito aos princípios e valores constitucionais, sob pena de serem declaradas inválidas.

Assim, muito embora tenha a Norma Fundamental reconhecido o princípio da legalidade penal e atribuído ao Poder Legislativo a prerrogativa de assumir a decisão final de criminalização, não está o legislador ordinário absolutamente livre neste campo. Afinal, ao se assentar todo o ordenamento jurídico na primazia dos direitos humanos, e na dignidade da pessoa humana de forma mais especial, não há de se outorgar às maiorias parlamentares ocasionais todo o poder de restrição aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Diz-se, atualmente, com certa frequência, que o direito penal, como parte da manifestação de poder estatal, não poderia ostentar outras finalidades que não aquelas atribuídas ao Estado pela Constituição. Nesse sentido é que, tratando-se (como no Brasil) de uma Constituição democrática, tem-se afirmado[4] o papel do direito penal como de exclusiva proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais aos homens, seja porque não pode se furtar à meta de promoção das condições mais essenciais de desenvolvimento destes, seja porque a aplicação da pena criminal exige uma fundamentação muito maior que a mera discricionariedade do legislador.

Veja-se, quando se impõe o compromisso do Estado não apenas com a proteção (defensiva) dos direitos fundamentais, mas também com sua promoção (positiva), garante-se que o direito penal não seja utilizado para a persecução de fins transcendentais ou morais, nem como meio de um paternalismo no qual são impostas aos homens maneiras supostamente mais corretas de pensar e agir, o que por si só parece ignorar os ditames de tolerância e pluralismo. Compete a este ramo do Direito, portanto, a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, tanto contra ataques provenientes do próprio Estado, como

---

*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 1159 e ss.

3. À maneira das regras de reconhecimento de Hart ou da norma fundamental analítica de Kelsen. Para uma síntese das contundentes críticas a estes sistemas de validade das normas: ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

4. Mas como se verá, longe de ser uma afirmação unânime ou pacífica.

contra ataques dirigidos por outros indivíduos, na defesa das circunstâncias sociais conformadoras da liberdade.[5]

O princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos, dessa forma, decorre implicitamente do postulado do Estado de Direito moderno e, como diz Schunemann, diretamente do contrato social em sua formulação atual,[6] funcionando como mais um importante instrumento na contenção do poder punitivo estatal.

Todavia, para que este princípio alcance todo o seu potencial liberal é imperioso que lhe seja atribuído um conteúdo material. O bem jurídico em si há de ser entendido como o substrato do injusto penal, o conceito dogmático nuclear capaz de desempenhar uma série de funções ora de limitação do poder punitivo, ora de vetor de interpretação, ora de fator de sistematização do conjunto de normas incriminadoras, ou ainda como instrumento dogmático de compreensão e análise das categorias científicas que procuram explicar o fato punível.

Nesse sentido, se o legislador está fadado a lançar mão da máquina penal apenas quando em prol da proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais ao convívio humano, deve-se indagar: estaria esse mesmo legislador constitucionalmente vinculado nas escolhas dos bens a serem tutelados? Seria possível sustentar ser o bem jurídico um elemento revelador desta vinculação?

E dessas primeiras indagações, seguem-se outras três:[7] pode a Constituição determinar a criminalização de condutas atentatórias a certos bens?; pode vedar peremptoriamente tal criminalização?; é capaz de estipular o rol de bens que podem ser, afinal, tutelados por meio da pena criminal?

A proposta deste estudo é abordar, justamente, esta terceira questão. Note-se que, não raro, a doutrina e a jurisprudência pátrias, embora reconheçam a

---

5. STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bién jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Trad. Rafael Alcácer, Maria Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 105-109.

6. Numa perspectiva histórica: SHUNEMANN, Bernd. El princípio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Trad. Rafael Alcácer, Maria Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 203-208.

7. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, fasc. 2, p. 151.

importância do bem jurídico para a dogmática penal, limitam-se a utilizá-lo com um vetor interpretativo, extraído do próprio texto normativo.[8] Este raciocínio, contudo, parece distorcer os pressupostos teóricos em que se pauta, além de desperdiçar aquilo que o bem jurídico mais tem a oferecer: um critério externo de controle da legislação.

Esse desvirtuamento da teoria acaba por materializar uma de suas maiores críticas ao alijar o bem jurídico seu viés liberal, limitador do *ius puniendi*, o que permite a manipulação do conceito para a irresponsável fundamentação de tipos penais.[9]

Por isso, pretende-se aqui defender tanto um conceito político-criminal crítico de bem jurídico e, uma vez definida sua imprescindibilidade para o sistema penal, estabelecer pautas aceitáveis para o legislador no momento de seleção destes bens jurídicos dignos da tutela penal. Por certo, o princípio da fragmentariedade entendido meramente como diretriz política, sem um conteúdo normativo capaz de vincular o legislador, em nada pode contribuir para a contenção do poder punitivo do Estado.

## 2. O BEM JURÍDICO-PENAL: A EVOLUÇÃO DOGMÁTICA DO CONCEITO

As construções teóricas que buscam legitimar a sanção de condutas nocivas à comunidade sempre procuraram refletir as necessidades reais da

8. Este tipo de aplicação do bem jurídico já foi muito utilizado e defendido, como se verá, no início do século XX, às portas da guerra, quando encontrou seu ápice. Como alerta Rudolphi, a utilização do bem jurídico como mero vetor interpretativo o esvazia de todo e qualquer conteúdo material. Assim, como "concepto puramente formal, disponible para qualquier contenido material, no es idôneo para permitir una descripción del núcleo material de lo injusto para todos os delitos en común, ni para poner límites al legislador. Como abstración vacía de todo o contenido, contituye un princípio metodológico para la interpretación de los tipos penales, pero ya no brinda una explicitación de lo que la especie de lo injusto de cada delito es o debe ser". RUDOLPHI, Hans Joachim. Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Nuevo pensamiento penal. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, ano 4, n. 5 a 8, p. 332.

9. O apontamento foi descrito por Fernández com precisão: "La mencionada 'parábola involutiva', el proceso de 'perversión' del bien jurídico, permite constatar que, por desgracia, se lo ha utilizado históricamente – en demasiadas ocasiones – no ya para reducir la potestad penal del Estado, sino – antes bien – , para justificar y legitimar cada nueva figura delictiva, ante cuya inminente sanción, los juristas penales han corrido presurosos a la 'búsqueda' de un bien jurídico ha pasado a funcionar en sentido inverso, como pivote de legitimación". FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Montevideo/Buenos Aires: B. de F., 2004. p. 6.

convivência social e, nesse passo, sempre se viram delimitadas histórica e politicamente. Por certo, as reações, primeiro privadas, depois públicas, a comportamentos lesivos sempre giraram em torno dos interesses preponderantes à época.

Nesse sentido, o trabalho de delimitação do objeto material do delito, durante sua longa história, procurou de alguma forma, embora nem sempre tenha conseguido, a redução do subjetivismo do legislador.[10]

Mas, sem dúvidas, foi apenas com o movimento iluminista do século XVIII que nasceu uma noção consistente do objeto do ilícito. Em clara oposição às arbitrariedades do Antigo Regime,[11] a punição estatal na Ilustração se desvinculou dos conteúdos religiosos e éticos para encontrar fundamento na violação do contrato social rousseauniano, notadamente no caráter preventivo geral negativo (intimidativo) da pena.

Além de um novo suporte filosófico, as ideias de secularização e humanização buscaram favorecer a tutela das recém proclamadas liberdades individuais como limitações ao poder punitivo do Estado.[12] Elegeu-se a necessidade social como justificação da sanção criminal, permitindo o abandono do delito como reflexo do pecado. O conceito iluminista de crime se fundamentaria, portanto, em três pressupostos indispensáveis: o direito subjetivo individual em face do poder estatal; a lesividade social; e a efetiva necessidade da pena.

Inicialmente, foi a doutrina privatista de Feuerbach que conferiu ao fato punível um conteúdo de violação a um direito subjetivo.[13] Segundo esta visão, o indivíduo, ao cometer um crime, limitaria um direito subjetivo de outrem à liberdade garantida pelo contrato social.

O delito pressupunha, dessa forma, a igualdade de direitos entre o agente e a vítima, vinculando-se, com isto, o conceito de crime à garantia da liberdade

---

10. PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 25-26.

11. Arbitrariedades estas representadas, no campo penal, pelas severas medidas punitivas impostas pelo Direito Germânico e Canônico. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 1, p. 37-43.

12. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 27-29.

13. Guzmán Dalbora, muito embora reconheça o papel de destaque de Feuerbach, sustenta terem Mario Pagano e Wilhelm von Humboldt o precedido. BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luiz Guzmán Dalbora. Montevideo/Buenos Aires: B. de F., 2010. p. 15. Coleção Maestros del Derecho Penal.

individual, e não aos eventuais interesses políticos do Estado. Clara resta, assim, sua contribuição para a secularização da ideia de delito.

Além disso, embora o delito viesse a lesionar o direito subjetivo alheio, mais do que atingir este indivíduo isoladamente considerado, abalava a própria sociedade (danosidade social)[14] exigindo uma reação do Estado enquanto garante das condições comuns de vida.[15]

Não obstante, foi exatamente na tentativa de superar a ideia de lesão a um direito subjetivo, reputada excessivamente abstrata, e com isso adequar a dogmática penal da época à legislação então vigente – que contemplava delitos contra a religião, a honra e os costumes, em muito distantes da noção de direito subjetivo individual[16] –, que Birnbaum, em 1834,[17] cunhou o primeiro conceito material de injusto como lesão a bens, não a direitos.

Para o autor, a conduta delitiva atingiria um bem da realidade (portanto, concreto) de importância para o indivíduo ou para a sociedade em geral que poderia ser lesionado e cujo desfrute deveria ser garantido pelo Estado. O direito não poderia ser lesionado, restando íntegro após as violações, enquanto o bem, que é seu objeto, permitiria uma violação concretamente aferível.

Importante ressaltar que, já nestes lineamentos iniciais, o bem protegido pela norma penal não seria criado pela lei. Tratava-se de um bem identificado na realidade das coisas, cabendo ao legislador apenas escolher aqueles que integrariam o substrato das normas penais. Mais tarde esse critério se perderia em meio ao pensamento positivista.

Com o fortalecimento e a difusão do positivismo, a teoria do bem jurídico assumiu aspectos, num primeiro momento, formalistas, afetos à racionalidade

---

14. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 183-185. Assim também em DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

15. Explícito aqui o ideal contratualista de que ao Estado competia garantir e proteger a liberdade de todos os cidadãos, cidadãos estes que lhe cederam parte de suas liberdades inerentes justamente para isto. FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Ob. cit., p. 12.

16. PRADO, Luiz Regis. Ob. cit., p. 31-32. Em oposição a este entendimento milita José Luiz Guzmán Dalbora. Para o catedrático chileno, Birnbaum estava concatenado com as diretrizes políticas que o precederam e rejeitava as noções de direito estatal à obediência, de periculosidade social e de arbitrariedade do legislador. BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Ob. cit., p. 17-19.

17. A valorização do conceito e o reconhecimento da relevância e alcance da proposta, contudo, só veio mais de um século depois. BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Ob. cit., p. 11.

pura, completa e objetiva do próprio Direito que excluiria qualquer valoração e vincularia qualquer interpretação.[18] Na visão de Binding, o crime afetava um interesse do Estado – convertido num fim em si mesmo[19] – à obediência e submissão dos cidadãos aos seus desígnios. Os bens, agora denominados propriamente jurídicos, seriam, portanto, aqueles interesses do Estado protegidos pela norma penal. Seriam tudo aquilo que o legislador, enquanto porta-voz de uma vontade geral inequívoca, entendesse por bem criminalizar.

A lei se encontraria em absoluta congruência com os bens jurídicos, revelando-se como fonte definitiva destes. O ato delinquente se adequaria perfeitamente ao preceito primário da lei, do qual também se extrairia a norma proibitiva que é contrariada pelo comportamento. Assim, cometido o crime estaria violado o postulado impositivo (o dever) que determinava o comportamento inverso e, com ele, o direito estatal de ordenar.[20]

Como bem salienta Prado, por esse entendimento o bem jurídico se confundiria com o sentido e o fim das normas penais,[21] perdendo inevitavelmente seu caráter crítico e orientador, além de prescindir de qualquer tipo de legitimação material ou vinculação a uma realidade social. O objeto de tutela era derivado da própria lei, que o criava segundo os auspícios do legislador.

Num outro momento, o positivismo perdeu muito de seu viés formalista para adotar, em von Liszt, um caráter sociológico ou naturalista. O antecedente causal que fundamentaria a escolha de tal ou qual interesse não deveria ser visto como a vontade pura e simples do Estado. Não. Na verdade, os interesses importantes para a comunidade surgiriam de regras de cultura, da experiência do próprio povo, cabendo à lei tão somente, e posteriormente, consagrá-los com o intuito de prestar-lhes tutela jurídica.[22]

Devolvendo o bem jurídico, uma vez mais, à realidade concreta, externa ao Direito, von Liszt adere a Ihering quando este diz que as normas direcionadas ao mundo social só poderiam ser interpretadas a partir de seus fins, ou seja,

---

18. Sobre as principais peculiaridades do positivismo jurídico em suas diversas facetas, recomenda-se a clássica obra de Bobbio. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. passim.

19. PASCHOAL, Janaina Conceição. Ob. cit., p. 29.

20. FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Ob. cit., p. 17-20.

21. PRADO, Luiz Regis. Ob. cit., p. 33.

22. LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. t. I, p. 139-142.

proteger as condições de vida em sociedade. O bem jurídico, portanto, seria esse interesse tutelado pelo Direito.

Mesmo apresentando uma teoria substancialmente divergente daquela defendida por Binding, von Liszt não conseguiu evitar que a função legitimadora do então *ius puniendi* permanecesse com o Estado, tendo em vista que caberia a este, tão somente pelo ato incriminador, mediar o interesse social.

Já no início do século XX, as orientações espiritualistas neokantianas das Escolas de Marburgo e de Baden (Subocidental Alemã) vieram influenciar a teoria, a partir da qual foram elaborados conceitos abstratos, pautados em hipotéticos valores ético-sociais.

O pressuposto positivista de que as ciências sociais seriam aferíveis empiricamente, tal como as ciências naturais, já havia sido atacado pelos filósofos Windelband, Lask e Rickert que passaram a entender as ciências do espírito, especialmente o Direito, a partir da sua referência a valores, como ciências normativas, axiológicas. Essa resistência se refletiu na perda da função garantista do bem jurídico.[23] O seu conceito ganharia relevância apenas na medida em que atuasse como um fator de interpretação teleológica.[24]

Nesse sentido, Honig identificou o objeto de tutela com a própria finalidade da norma penal, extraindo-o da vida humana cultural e da ordem jurídica como um todo. É de se sublinhar a aproximação de tal concepção às correntes positivistas formais, uma vez que o bem jurídico ainda derivaria do conjunto normativo enquanto representativo do complexo cultural da comunidade.

Com a doutrina de Honig o bem jurídico é desmaterializado a ponto de se tornar quase uma "abreviatura" do fim perseguido pela norma penal.[25] Em outras palavras, ele vem a ser confundido com a própria *ratio legis*, perdendo tanto sua vinculação com a realidade concreta quanto seu potencial de limitação do poder punitivo.

---

23. HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. *Bien jurídico y Estado Social y Democratico de Derecho: el objeto protegido pela norma penal*. 2. ed. Santiago: ConoSur, 1992. p. 63.

24. Nas palavras de Rudolphi: "Con esto el concepto de bien jurídico ha sido despojado de todo o contenido material. Como tal es un concepto apto a recibir cualquier contenido, y no es, por lo tanto, otra cosa que una forma de pensamiento del 'sentido y fin de las prescripciones penales particulares', o como más tarde Grunhut y Schwinge lo han expresado, solo una 'abreviatura del pensamiento teleológico' o, lo que es lo mismo, la ratio legis". RUDOLPHI, Hans Joachim. Ob. cit., p. 332.

25. MEZGER, Edmund. *Derecho penal: libro de estudio. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina, 1958. p. 156.

Mas é de se admitir que, com efeito, todas as tentativas empreendidas até então não haviam logrado delimitar seu conteúdo material, de modo que não é de se espantar a conclusão de que o conceito seria em si abstrato e insuscetível de ser determinado materialmente.

Foi a partir das correntes neokantianas que Mezger edificou sua contribuição ao causalismo valorativo. Para o autor alemão, o bem jurídico não seria um objeto concreto do mundo exterior, mas uma figura ideológica que carrega consigo uma valoração objetiva, evidenciando o valor que possui para o indivíduo ou para a sociedade.[26]

Nos tipos penais, ou o bem jurídico se confundiria com o objeto de ataque (como no homicídio e na lesão corporal, nos quais são atingidos a vida e a integridade física) ou dele se afastaria, sendo inerente neste caso a sua abstratização (os exemplos sugeridos são os crimes de furto e injúria). De qualquer forma, sua importância maior adviria da revelação do objeto a que se dirige o fim de proteção da norma, ou seja, o conceito se apresentaria como um "medio extraordinariamente valioso e imprescindible para interpretar correctamente la esencia íntima de los preceptos del derecho penal.".[27]

Válido, entretanto, é o aparte formulado por Figueiredo Dias, segundo o qual a referida corrente deve ser hoje liminarmente rejeitada, eis que faz dos bens jurídicos meras "*fórmulas interpretativas dos tipos legais de crime*"[28] (grifos no original), retirando-lhes qualquer referência político-criminal ou padrão crítico de aferição da legitimidade da incriminação. E, de fato, hoje é de conhecimento geral a estreita ligação entre o culturalismo mezgeriano e a ideologia nacional-socialista.[29]

---

26. "El bien jurídico (objeto de protección, objeto de ataque) no es, como el ya mencionado 'objeto de la acción', un objeto concreto del mundo exterior. Es una figura ideológica, la valoración objetiva en su forma más sencilla, que el bien protegido lleva en sí o la síntesis realizada en ideas de lo que el tipo abarca en conjunto de acuerdo con su sentido. El 'bien jurídico' evidencia, con ello, el valor que posee para el individuo, como su portador directo, y para la sociedad como tal. Por consiguiente, no hay que quedar atados a ideas materialistas o negar una 'espiritualización' de este concepto de bien jurídico. Del mismo modo, significa desconocer esta importante teoría, investigada muy especialmente por Birnbaum en lo que respecta a su utilidad y necesidad, el reprocharle un enfoque 'individualista'; en efecto, es fundamental para el bien jurídico de los tipos jurídico-penales, el que no sea solamente un bien del individuo, sino de la sociedad, un 'bien del derecho'". MEZGER, Edmund. Ob. cit., p. 155.

27. Idem, p. 159.

28. DIAS, Jorge de Figueiredo. Ob. cit., p. 158.

29. Para uma detalhada análise sobre a relação entre Mezger e o movimento nazista, com amplas referências documentais: CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger y el de-*

Foram mais longe os autores da chamada Escola de Kiel que, durante o irracionalismo do regime nacional-socialista alemão, impugnaram o conceito de bem jurídico, reputando-o como um conceito inútil e impreciso. O direito seria por eles entendido como uma fiel expressão do são sentimento do povo.

Conforme salienta Fernández, as doutrinas de Schaffstein, Dahm, Gallas e Siegert afirmaram a insustentabilidade do dogma do bem jurídico, embasando a essência do delito na contrariedade aos deveres jurídicos, na suposta hostilidade do autor à comunidade.[30] Nesse sentido, ocorre a ruptura uma vez mais com os pressupostos liberais da revolução burguesa, já que a proteção pretendida pelo direito penal não mais se volta ao indivíduo ou aos interesses da comunidade em si, mas sim à fidelidade ao povo (enquanto entidade autônoma) que todos deveriam guardar.[31]

Como se vê, e esta parece uma conclusão tão relevante quanto evidente, mesmo diante da sua patente desmaterialização, relegado à função inglória de mero vetor interpretativo, o conceito de bem jurídico ainda guardava um forte viés liberal capaz de incitar os penalistas comprometidos com o ideário nacional-socialista a defender sua absoluta contrariedade aos desígnios do *ius puniendi* e com ela seu ostracismo.

O pós-guerra marcou a retomada do Estado de Direito e da dogmática penal racional e com ela a busca dos paradigmas liberais que ficaram esquecidos em meio ao terror e à guerra.

Com uma visão mais complexa, Welzel, prosseguindo na construção da sua doutrina da ação finalista,[32] elaborou um conceito de índole ontológica, pelo

---

*recho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

30. FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Ob. cit., p. 31-33.

31. "Si para el Iluminismo el centro es el individuo, para la ideología nacionalsocialista es el pueblo, pero no entendido como la suma de los individuos que viven en comunidad, sino como un ser con identidad propia por encima de los individuos ligado por la sangre y al suelo de las generaciones pasadas, actuales y futuras. El elemento de cohesión es la fidelidad y no la iluminista persecución de intereses de la comunidad. el delito ya no podría plantearse como una lesión de intereses o a las condiciones de vida en común, sino como una traición a la fidelidad que todo individuo le debe al pueblo alemán". HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. Ob. cit., p. 69.

32. Iniciada bem antes, em 1931, mas que só veio a ganhar ressonância na Alemanha após a queda do regime nazista, já no final dos anos 40, e marcadamente na América Latina depois da década de 70, quando seu prestígio já havia em muito decaído na Europa. FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Ob. cit., p. 36-38.

qual o bem jurídico seria um bem vital, quer comunitário quer individual, que em razão de sua significação social seria protegido pelo direito penal.[33] Esta visão se apresenta coerente com a concepção que o autor tem da função desempenhada pelo direito penal, qual seja, a tutela de um mínimo de valores ético-sociais elementares, estabilizando-os e inserindo-os nos planos individuais de ação.

Seguindo o pensamento proposto, os cidadãos teriam um dever transcendente incondicional (em visível alusão ao imperativo categórico kantiano) de respeito a estes valores ético-sociais, com vistas à própria sobrevivência da sociedade. Mas para que o dito imperativo fosse internalizado pela consciência de cada um e fosse capaz de direcionar o comportamento destes de acordo com um juízo de valor contrário à lesão, a norma penal sancionaria sua violação com uma pena.[34] De todo modo, a proteção jurídica se aproximaria muito de uma proteção moral, fazendo com que o conceito de bem jurídico fosse relegado a um segundo plano, ainda carente de uma maior substancialidade.

Este pensamento, é bom lembrar, está inserido num movimento de reação às arbitrariedades perpetradas sob a égide do positivismo cego, reclamando o retorno dos parâmetros de conteúdo ético e moral. Ao Estado de Direito formal, contrapôs-se o material; ao liberal substitui-se o social; e ao império da lei impõe-se o da justiça.[35]

Como conclusão parcial é possível observar que o interesse tutelado pelo Estado por meio de seu aparato repressivo, o substrato material do injusto, esteve durante todo este período de evolução oscilando entre uma posição central na legitimação e construção das incriminações, funcionando de certa forma e dentro de certas limitações como um fator de delimitação do campo de atuação do poder punitivo estatal, e uma posição periférica, secundária, em que mal poderia contribuir com o estudo dogmático do fato punível.

---

33. "Bien jurídico es un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado jurídicamente. (...) Bien jurídico es, por tanto, todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones. La suma de los bienes jurídicos no constituye un 'montón atomizado', sino el orden social, y por tanto, la significación de un bien jurídico no ha de ser apreciada aisladamente, sino tan sólo en relación conjunta con la totalidad del orden social". WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. p. 05-06.

34. TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 191-194.

35. A Constituição de Bonn, de 1949, é expressiva ao dispor em seu art. 20, I, que a República Federal da Alemanha se erige num Estado Social e Democrático de Direito.

## 3. A SITUAÇÃO ATUAL DA DISCUSSÃO

A dicotomia histórica descrita no tópico anterior parece estar longe de ser superada.[36] Modernamente, se por um lado a doutrina majoritária entende ser imprescindível o conceito de bem jurídico para a estruturação do injusto, o consenso se perde quando se tem em pauta o alcance e as funções que poderiam ser atribuídos ao conceito, ou ainda quando as argumentações passam a recair sobre o tema do papel instrumental da pena ou do próprio direito penal.

Isso porque, invariavelmente, a noção de bem jurídico adotada depende do entendimento que o estudioso tiver das funções desempenhadas pelo direito penal. E isso nunca foi pacífico. Assim, o posicionamento dogmático do conceito se altera segundo a teoria sistêmica defendida por cada um dos doutrinadores, acarretando uma infinidade de construções reconduzíveis, no máximo, e não sem grandes esforços, a correntes mais ou menos uniformes.

Se isto só não bastasse para a eternização da contenda, mesmo aqueles defensores do papel tutelar do direito penal são incapazes de chegar a um conceito unívoco para o instituto e ainda precisam construir as mais diversas argumentações para interpretar certos tipos penais nos quais o bem protegido não se apresentaria muito evidente.[37]

Diante deste cenário, autores como Jakobs, Stratenwerth e Hirsch, por exemplo, questionam a utilidade do bem jurídico, na medida em que se recusam a conferir ao direito penal uma tarefa tutelar de bens. Por isso, mesmo sendo possível se dizer que adotam em comum um conceito dogmático, imanente ao próprio sistema penal, de modo que toda a norma haveria de ter como seu vetor material um interesse eleito pelo legislador, em cada um desses autores a teoria ganha novos contornos muito particulares.

---

36. Expressivas são as colocações de Wohlers e Hefendehl. Comentarios finales. In: Hefendehl, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Trad. Rafael Alcácer, Maria Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 403-414.

37. Os exemplos mais clássicos são os crimes de maltrato de animais e também o antigo tipo de homossexualidade masculina cuja revogação, para uns, seria um exemplo prático do reconhecimento da teoria do bem jurídico. Para um panorama bem claro sobre o assunto, vide a apresentação de Gimbernat Ordeig à obra HEFENDEHL, Roland (org.). *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Trad. Rafael Alcácer, Maria Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 11-22. Também: GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCCrim* 49/89.

Stratenwerth é talvez hoje um dos mais importantes críticos da teoria do bem jurídico. Para o catedrático da Basileia, as condutas desviadas só poderiam ensejar criminalização quando postas em questão normas ético-sociais elementares, capazes de produzir sobre si um consenso racional e razoável.[38]

Apesar de reconhecer que este critério não deve ser o único indicativo das condutas que podem ser criminalizadas, defende o autor a utilização simultânea de outros parâmetros constitucionais de controle, como a compatibilidade da norma penal com os direitos fundamentais (igualdade, propriedade, presunção de inocência e culpabilidade, por exemplo), a legalidade, a fragmentariedade, a subsidiariedade, a coerência e, principalmente, a proporcionalidade.

Destaca, em relação ao bem jurídico, a sua incapacidade de produzir um consenso, haja vista que, até o momento, não se conseguiu chegar, nem ao menos aproximadamente, ao seu conceito. O instituto não geraria nada além do que as discussões quanto às vantagens e desvantagens da lei penal, regidas por argumentos racionais, são capazes de fazer.

A comunidade não seria apenas o marco necessário para a liberdade dos cidadãos, mas o ponto de referência da identidade social. O importante não seria identificar bens jurídicos ou argumentar sua vinculação a interesses individuais, mas sim de determinar a pauta de comportamento essencial, correta, que forma parte do consenso normativo básico (constitucional) sobre o qual se funda a nação.[39] Consenso este, é bom dizer, que pertenceria a uma consciência moral coletiva que inevitavelmente evoluiria com o tempo.

De maneira próxima, Hirsch, embora acredite ser possível tecer conceitos de bem jurídico, aduz que estes não possuiriam a capacidade de vincular o legislador e que os comportamentos que seriam supostamente excluídos do campo penal já seriam comportamentos juridicamente irrelevantes.[40] A limitação do legislador adviria apenas do princípio da subsidiariedade e da própria ideia de proporcionalidade que ele carrega.

---

38. STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal: parte general. El hecho punible*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson-Civitas, 2005. t. I, p. 53-62.

39. STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Trad. Rafael Alcácer, Maria Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 367.

40. HIRSCH, Hans Joaquim. *Acerca del estado actual de la dicussión sobre el concepto de bien jurídico. Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000. p. 371.

A teoria funcionalista-sistêmica de Jakobs, por sua vez, parte da compreensão do bem jurídico segundo a finalidade funcional que o autor atribui à norma penal: a estabilidade da própria norma. Ao relacionar os fins do direito penal à garantia das expectativas dos cidadãos em uma conduta correta, e não à proteção de valores socialmente relevantes, identifica o autor a validade fática da norma com "o bem jurídico-penal" a ser resguardado.[41] A função de confirmação da vigência da norma diante da negação desta pelo autor[42] deixaria num segundo plano a eventual discussão sobre bens jurídicos.

No Brasil, embora crítico à função de tutela de bens jurídicos, mas sem negar as importantes contribuições que o instituto tem a oferecer, Tavares assinala a impossibilidade de identificação do bem jurídico com funções ou interesses e, partindo de um direito penal liberal cuja função precípua é a delimitação da ação estatal em face da proteção à dignidade humana, reduz a sua concepção a interesses individuais relacionados ao livre desenvolvimento da personalidade individual. Nesta esteira, leciona:

"Bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua proteção social, e nesse sentido pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes. Sendo um valor e, portanto, um objeto de preferência real e não simplesmente ideal ou funcional do sujeito, o bem jurídico condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo. (...) A existência de um bem jurídico e a demonstração de sua efetiva lesão ou colocação em perigo [princípio da refutabilidade] constituem, assim, pressupostos indeclináveis do injusto penal."[43]

Do lado oposto se encontram os entusiastas do bem jurídico, dentre os quais se destacam Hassemer, Hefendehl, Schunemann, Roxin, e Figueiredo Dias. Para estes autores a função do direito penal só poderia ser a exclusiva tutela subsidiária de bens jurídicos fundamentais aos indivíduos ou à sociedade. Para desempenhar tal papel, o conceito de bem jurídico, núcleo da construção, não poderia ser dogmático, mas sim político-criminal, ou seja, transcendente ao sistema e, portanto, crítico a ele. Em outros termos: seria capaz de limitar e

41. TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 196.

42. Em uma ideia que remonta às teorias hegelianas da pena.

43. TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 198-199.

vincular a intervenção estatal a partir dos fins a que estaria adstrito o legislador quando da utilização do aparato punitivo.

A função tutelar do direito penal se coadunaria com o próprio dever conferido ao Estado pela Constituição de permitir e promover o maior desenvolvimento possível das personalidades dos indivíduos integrantes da sociedade, especialmente através da proteção e promoção dos direitos fundamentais destes.

Os bens jurídicos seriam, assim, o conteúdo material que daria suporte e legitimação à norma penal ao mesmo tempo em que limitaria tal norma. Sua identificação, portanto, seria anterior à norma, e determinaria, já no momento de elaboração legislativa, uma série de critérios e requisitos sem os quais a norma penal careceria de validade.

Para Roxin, a penalização, diante de sua gravidade, necessitaria de uma legitimação especial, distinta da mera discricionariedade do legislador. Visto pela ótica da política criminal, o direito penal teria por função a garantia a seus cidadãos de uma existência pacífica, livre e socialmente segura.

Seria possível, nesse sentido, estabelecer critérios político-criminais que fossem capazes de limitar o poder punitivo do Estado, definindo ao legislador as condutas que poderiam e as que não poderiam, a princípio, criminalizar.

Os bens jurídicos seriam dados da realidade imprescindíveis ao máximo desenvolvimento das personalidades dos indivíduos, ou seja, muito embora tenham origem nas normas de cultura da sociedade, necessitariam ser contemplados no texto constitucional.[44] Na verdade, a Constituição, e a decisão fundamental que representa, acolheria dentre os inúmeros bens jurídicos surgidos das práticas sociais aqueles mais relevantes, inerentes à convivência pacífica na sociedade. E de fato, a pretensão de vinculação do legislador ordinário só poderia advir da própria Constituição.

Nas palavras de Figueiredo Dias, seria conferida nestes termos a dignidade constitucional ao bem jurídico, que diante do princípio da fragmentariedade se tornaria bem jurídico-penal.

Mas este grau de importância, por si só, não importaria na necessária tutela de tais circunstâncias por meio do direito penal. Para que isso seja possível, aplicar-se-ia um juízo de subsidiariedade pelo qual, diante da flagrante ineficácia de outros meios de defesa, menos invasivos, o direito penal poderia ser uma

44. ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 4. ed. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson-Civitas, 2008. t. I, p. 51-59.

opção se o legislador, diante da realidade cultural da sociedade no momento, assim se pronunciasse. Essa segunda etapa caracterizaria o chamado merecimento de pena.

Atento ao sistema jurídico-político estruturado pela Carta Maior, Roxin enfatiza o caráter liberal e as vantagens da adoção da teoria ao estabelecer parâmetros limitadores da atividade legislativa, vedando a criminalização discriminatória, de comportamentos imorais ou contrários a sentimentos religiosos ou ideologias, bem como sob o argumento de preservação de bens jurídicos impalpáveis ou contra autolesões conscientes,[45] todos voltados a um paternalismo estatal injustificável.

Além disso, a presença de um referencial concreto de lesão teria grande repercussão na própria estrutura do delito, com a fundamentação de um princípio de lesividade e, notadamente, quanto aos critérios de imputação objetiva do resultado.

Em Portugal, destaca-se o magistério de Figueiredo Dias segundo o qual seria possível definir o bem jurídico como "a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso".[46]

Enfatiza o autor que essa concepção teleológico-funcional e racional se fundamentaria em três condições inafastáveis: (a) demonstrar um conteúdo material; (b) dispor-se como um padrão crítico transcendente ao sistema normativo jurídico-penal; e (c) adequar-se à orientação político-criminal assinalada pela Constituição. Os bens jurídicos dignos de tutela penal, embora contidos no sistema social, exigem um reflexo no conjunto de valores e princípios constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação econômica, social e política.

Prado, por sua vez, constrói todo um sistema complexo de vinculação do legislador ordinário não só às diretrizes formais expostas na Constituição como também ao conteúdo material da Carta Política, depreendido explícita ou implicitamente das normas superiores. Em termos gerais, concorda o autor com os modelos propostos por Figueiredo Dias e Roxin, no sentido de que os bens jurídicos defluem dos valores sociais cristalizados na consciência da

45. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 37-52.

46. DIAS, Jorge de Figueiredo. Ob. cit., p. 114.

comunidade e ganham relevância penal tão somente quando albergados pelo sistema constitucional.[47]

Vale lembrar que, para a doutrina majoritária, o Texto Magno, ao simplesmente prever tais valores não impõe a criminalização, antes permite que o legislador ordinário, atento tanto aos limites principiológicos básicos de um Estado Social e Democrático de Direito quanto à realidade histórica e sociocultural em que vive, possa optar pela adoção ou não da via subsidiária penal. Nas palavras de Greco:

"O bem jurídico-penal, apesar de ser arrimado na Constituição – afinal, doutro modo, não poderia limitar o poder do legislador –, deve ser necessariamente mais restrito do que o conjunto de valores constitucionais. Nem tudo que a Constituição acolhe em seu bojo pode ser objeto de tutela pelo direito penal. A palavra-chave aqui é o *princípio da subsidiariedade*, ou da *ultima ratio*, ou da intervenção mínima: como o direito penal dispõe de sanções especialmente graves, não basta uma afetação de qualquer interesse de caráter ínfimo para legitimar a intervenção penal. (...) É necessário muito mais, que o bem seja dotado de alguma relevância, de fundamental relevância, de relevância tamanha que possa justificar a gravidade da sanção quanto a sua violação em regra acarreta. Daí por que precisamos de uma definição de bem jurídico, mais restrita do que a mera referência a valores constitucionais."[48]

É chegada a hora, enfim, de se optar por um ponto de vista, o que permitirá desenvolver, mais adiante, certas pautas para um processo legítimo de seleção dos bens jurídicos passíveis de proteção penal.

Inicialmente, há que se aderir à visão de um direito penal tutelar. O sistema penal integra o aparato de poder do Estado e põe em evidência a forma mais invasiva de interferência deste na esfera de liberdade dos indivíduos. E é exatamente por isso que não se pode concordar com um *ius puniendi* à livre disposição da máquina estatal.

---

47. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2005. vol. 1, p. 255-274. Enfatizando a necessidade de respaldo constitucional, explicita o autor: "a noção de bem jurídico emerge dentro de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor uma certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal. A tarefa legislativa há de estar sempre que possível vinculada a determinados critérios reitores positivados na Lei Maior que operam como marco de referência geral ou de previsão específica – expressa ou implícita – de bens jurídicos e a forma de sua garantia". PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição* cit., p. 90-91.

48. GRECO, Luís. Ob. cit., p. 100-101.

A atribuição ao direito penal de um papel tão somente limitador, de proteção do indivíduo em face do poder punitivo,[49] não parece alcançar o objetivo deslegitimador deste poder punitivo. Por certo, a ideia de que o exercício do *ius puniendi* é um dado ôntico, uma circunstância de fato, e que caberia ao direito penal apenas contê-lo ao máximo expõe um cenário no qual o Estado detém um poder à partida, que embora seja irracional e ilegítimo pode ser exercido. Ao direito penal restaria se esforçar em restringir o poder punitivo no seu momento de aplicação, tal qual diques que represam as águas de um rio, mas não as impedem de continuar seu curso.[50]

Ora, o poder punitivo aplicado com respeito a todos os parâmetros e restrições impostos pelo direito penal parece ter sido por este, afinal, legitimado. Neste ponto, não assiste razão à crítica de que um sistema penal político-criminalmente orientado legitimaria tal poder. Na verdade, ambas as teorias buscam, por caminhos diversos, a conformação de uma racionalidade (ainda que mínima) na utilização dos meios punitivos pelo Estado.

A função tutelar de bens jurídicos apresenta uma substancial vantagem ao exigir que a lei penal busque fins autorizados pela Constituição, em vez de representar uma livre escolha parlamentar sem qualquer objetivo aparente. O conceito de bem jurídico, aqui, representa mais um instrumento liberal de contenção das arbitrariedades, o que por si só já deveria impedir o seu descarte.

O modelo de Estado Social e Democrático de Direito, como se sabe, erige a dignidade da pessoa humana como marco fundamental orientador de todo o ordenamento jurídico e, concretamente, impõe ao Estado que paute todas as suas ações pela busca constante da proteção e promoção dos direitos fundamentais de seus cidadãos. A proibição criminal, portanto, enquanto emanação do poder estatal perante o indivíduo, para ser legítima, deve também partilhar deste mesmo objetivo. Não se coaduna com este modelo de Estado a aplicação da pena sem qualquer objetivo claro e autorizado pela Constituição.

Nesse sentido, estando o legislador obrigado à identificação de um bem jurídico a ser tutelado, é certo que este legislador não é, e não pode ser, absolutamente livre para escolher tais bens.

---

49. À semelhança do funcionalismo redutor de Zaffaroni. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – II, I*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 60-61.

50. A metáfora é do próprio Zaffaroni: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 20.

Partindo-se desta premissa, de que ao direito penal competiria a tutela de bens jurídicos e de que a noção de bem jurídico pode ser utilizada como parâmetro critico externo ao sistema, permitindo verificar a validade das incriminações propostas, surge a questão do que se deve entender por bem jurídico.

Primeiramente, entende-se que ao se dizer que a norma de proibição contida no tipo penal deve procurar a tutela de um bem jurídico concreto este deve, necessariamente, ser imprescindível ao desenvolvimento humano, ao pleno gozo de certo direito fundamental. Só assim é possível entender a lei penal inserida num contexto de restrição aos direitos fundamentais do indivíduo.

Mas, além disso, para que exerça todo o seu potencial crítico, deve ser extraído da realidade social e não do próprio ordenamento jurídico. Por certo, um referencial material decorrente da interpretação das próprias normas vigentes pouco poderia contribuir na análise quanto à legitimação destas mesmas normas. Note-se que sua origem, sem dúvida, é social e cultural, mas a valoração por parte do direito é sempre necessária.

Por isso é viável pensar que a origem dos bens se dá, inicialmente, no seio da sociedade, que segundo as atuais regras de cultura se tornam valiosos aos homens e posteriormente valorados pelo direito.[51] Seriam objetos reais de interesses arraigados na consciência do povo, ligados à preservação e promoção do desenvolvimento das personalidades dos indivíduos num contexto social determinado, ou seja, imprescindíveis às condições de vida e liberdade das pessoas integrantes da comunidade.

Contudo, se é certo que nem todos os bens são bens jurídicos, nem todos estes reclamam a utilização do aparato criminal para sua proteção.[52]

## 4. O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

Até este momento se tem referido reiteradamente ao princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos. Tal princípio, de cunho liberal, impede a criminali-

---

51. "O conceito material de bem jurídico reside na realidade ou experiência social sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural". PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*... cit., p. 147.

52. Nas palavras de Assis Toledo: "Frise-se, porém – e isto está implícito nas considerações iniciais – que nem todo bem é um bem jurídico. Além disso, nem todo bem jurídico como tal se coloca sob tutela específica do direito penal". TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 17.

zação de condutas que não visem à tutela de bens imprescindíveis ao convívio humano. Incide, como visto, no momento de criação legislativa.

Porém, aquele princípio penal necessita de uma complementação ainda mais restritiva do poder punitivo. De fato, de nada adiantaria limitar a discricionariedade do legislador com a exigência de identificação de um bem objeto de tutela se todo e qualquer bem pudesse se encaixar neste papel, vencer este requisito e ser adotado pelo legislador penal.

Por isso diz-se haver ainda um princípio da *ultima ratio*, ou da intervenção mínima. Este postulado, derivado do próprio Estado de Direito desde as primeiras construções iluministas, determina que a intervenção penal, com toda a sua gravidade, deve se efetivar tão somente quanto estiverem presentes os ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes e, mesmo assim, apenas quando nenhum outro ramo do direito dispuser de meios suficientemente preventivos.[53]

É justamente deste princípio maior que se destacam dois subprincípios de suma importância para a estruturação da lei penal: a subsidiariedade e a fragmentariedade.[54] Dados os limites impostos pelo tema deste trabalho, apenas o último deles merecerá aqui atenção.

O princípio da fragmentariedade, para a doutrina majoritária, estabelece a necessidade de que o direito penal assegure a integridade de apenas alguns dos bens jurídicos identificáveis, justamente aqueles mais relevantes para o homem e a sociedade.[55] Atribui-se a Binding a afirmação de que o direito penal não encerraria um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, mas sim um sistema descontínuo de ilícitos, atento a uma pequena parte do universo de bens jurídicos presentes no ordenamento e de possibilidades de condutas a eles ofensivas.

Tal princípio configura um marco de tamanha relevância para a contenção do poder punitivo estatal que surpreende o fato de que, em geral, sequer se cogite como esta seleção de bens deveria se dar. Afinal, como dizer que um bem jurídico é dos mais importantes, a ponto de autorizar a utilização da coerção penal em sua defesa? Sem o estabelecimento de critérios minimamente objeti-

53. BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., p. 11-12.

54. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 85-90.

55. BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., p. 12-13; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*... cit., p. 148-149; BATISTA, Nilo. Ob. cit., p. 886-887; LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 2003. p. 40.

vos para a inserção deste princípio na pauta político-criminal do Estado o princípio jurídico em questão queda carente de um possível conteúdo normativo, transfigurando-se em mera diretriz, com pouquíssima efetividade.

Portanto, a delimitação do conteúdo material deste princípio, conferindo-lhe normatividade (a ponto de vincular o legislador ordinário e servir de parâmetro de validade da norma penal), passa pela construção dogmática de critérios racionais para a escolha daqueles bens jurídicos dignos da tutela penal,[56] reduzindo-se ao máximo a discricionariedade do legislador no momento da definição do que merece ser protegido por meio da incriminações de condutas.

No início da década de 90, Tavares publicou um importante texto cuja preocupação primordial foi traçar critérios de seleção de crimes e cominação de penas. Muito embora não tenha adentrado profundamente, naquela oportunidade, no tema dos critérios de seleção de bens jurídicos, procurando na verdade enfatizar a identificação de condutas e a proporcionalidade das penas, deixou firmado ali a relevância do bem jurídico como parâmetro de vinculação do legislador.

Mais do que isso. Ensaiou o autor a delimitação do trabalho legislativo de seleção de bens jurídicos a partir tanto de referenciais na realidade concreta quanto no valor supremo da dignidade humana:

"O legislador está vinculado a só erigir à categoria de bem jurídico valores concretos que impliquem na efetiva proteção da pessoa humana ou que tornem possível, ou assegurem sua participação nos destinos democráticos do Estado e da vida social. Fora disso, só resta arcar com as consequências políticas do erro cometido."[57]

A esta construção doutrinária não cabe qualquer crítica. No entanto, é necessário envidar novos esforços para, a partir de suas bases, desenvolver parâmetros mais objetivos de controle. Parece correto Essado ao dizer que "é imperioso bem definir os contornos sobre os quais os bens jurídicos aptos a receberem a tutela penal transitam", sendo que somente "[a]pós isso é que se deve atentar para os critérios que merecem ser utilizados para definir quais condutas podem ser penalmente relevantes, bem como quais espécies e quantidades de penas devem ser previstas abstratamente".[58] Por certo, três são os

56. TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *RBCCrim* 0/75.

57. Idem. p. 81.

58. ESSADO, Tiago Cintra. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. Porto Alegre: Safe, 2008. p. 30.

campos férteis à escolha fundamentada do legislador, nesta ordem: o bem a ser tutelado, as condutas a ele ofensivas que devem ser proibidas, e as penas (em qualidade e quantidade) a serem cominadas.

Numa primeira tentativa de esclarecer o conteúdo do princípio da fragmentariedade, deve-se pensar que o bem jurídico-penal, para dar ensejo à vinculação do legislador penal e à futura restrição de direitos fundamentais daquele que o ofende gravemente, deve apresentar um suporte constitucional. Apenas quando por meio de uma decisão política fundamental,[59] assumida num ambiente democrático pluralista em que se possa chegar aos consensos possíveis, e que estampa tais valores na Constituição, é que estes objetos de interesse se tornam bens jurídicos com dignidade constitucional.

Dessa forma, mais coerentes Roxin,[60] Figueiredo Dias,[61] Régis Prado[62] e Greco[63] quando afirmam a necessária vinculação do bem jurídico-penal à Constituição.[64] Para que o conceito seja ao mesmo tempo um vetor interpretativo das normas penais positivas e um critério material obrigatório para o legislador não pode ser deduzido de uma norma de direito natural, como na época do iluminismo, nem das relações sociais por si sós, mas das decisões valorativas da Constituição.[65]

---

59. "Según las decisiones valorativas de nuestra Constitución, la tarea del derecho penal sólo está dada por la protección frente a los ataques humanos de los objetos sobre los cuales se basa la libertad y la responsabilidad de los ciudadanos, individualmente considerados, sobre la cual se basa la vida social". RUDOLPHI, Hans Joachim. Ob. cit., p. 346.

60. "La única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los princípios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente solo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus limites a la potestad punitiva del Estado". ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 55-56.

61. DIAS, Jorge de Figueiredo. Ob. cit., p. 119-120.

62. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição* cit., p. 81-90.

63. GRECO, Luís. Ob. cit., p. 100-101.

64. Em sentido contrário, sustentando a discricionariedade do legislador na escolha dos bens jurídico-penais e a limitação nesta matéria restrita à exigência de não contrariedade com o texto constitucional (limitação apenas negativa de compatibilidade): DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Ob. cit., p. 169-170; Ver também: GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. vol 5, p. 102-105. Série as Ciências Criminais no Século XXI.

65. RUDOLPHI, Hans Joachim. Ob. cit., p. 338.

Somente dentre aqueles interesses fundamentais elencados pela Carta é que estará o legislador ordinário autorizado a buscar os mais proeminentes. E estes hão de ser, necessariamente, referíveis aos direitos fundamentais de liberdade,[66] ou seja, aqueles imprescindíveis à manutenção e desenvolvimento das condições básicas da liberdade democrática.

A suposta hierarquização de valores constitucionais, essencial a um juízo de preponderância de uns princípios sobre outros, só é possível num momento posterior, ou seja, a determinação de quais valores deverão afinal prevalecer deve ocorrer diante de necessidades concretas que coloquem em conflito os princípios que prestam suporte ao bem jurídico-penal e aqueles que serão afetados pela imposição da coerção penal.

Os princípios constitucionais, enquanto pontos de contato entre os valores morais e o direito, gozam de normatividade e são mandados de otimização, devendo ser promovidos e protegidos ao máximo.[67] Não há que se falar em prevalência *a priori* de um princípio sobre outro, sem a interveniência de um conflito delimitado.

Contudo, ao menos uma ideia reitora deve prevalecer sempre: erigindo-se a dignidade humana como fundamento de todo o ordenamento jurídico e da sociedade que conforma, as razões existentes pela prevalência de um princípio sobre o outro devem levar em consideração a maior proximidade que este princípio prevalecente possui com a dignidade humana.[68] Mesmo sendo possível se sustentar que um princípio mais distanciado venha a sobrepor-se em relação a outro mais próximo, isto exigirá uma argumentação muito mais forte e fundamentada.

Noutro giro, tratando-se de pena privativa de liberdade, não há dúvidas de que a lei incriminadora se insere na sistemática das leis limitadoras de direitos fundamentais, ou seja, a sua validade constitucional exige que os valores essenciais tutelados sejam, segundo certas circunstâncias fáticas e jurídicas, preponderantes sobre aqueles que se pretende restringir.

---

66. Em sentido aparentemente mais amplo, referindo-se à dignidade da pessoa e à liberdade individual, valores informadores de incontáveis direitos fundamentais: PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição* cit., p. 90.

67. ALEXY, Robert. *A teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 90-91.

68. Aproxima-se, nesse ponto, da concepção de hierarquização tendencial defendida por Ferreira da Cunha em seu notável trabalho: FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 317-326.

A liberdade, enquanto direito fundamental dos mais valiosos para o homem e segundo sua natureza principiológica, impõe para sua restrição que em jogo estejam outros princípios constitucionais fundamentais.[69]

Partindo-se de uma distinção qualitativa entre regras e princípios, é possível designar o catálogo de normas de direitos fundamentais como um elenco misto normativo, no qual é possível a convivência harmônica entre um nível de regras e um nível de princípios.[70] Adotando-se esta visão, os direitos fundamentais devem ser considerados em sua vertente normativa, ou seja, enquanto sistema aberto de princípios e regras[71] extraídos a partir do texto constitucional por meio do processo de interpretação, e ostentando, em todo caso, pelo menos algum grau de efetividade.

Como se vê, da natureza eminentemente principiológica dos direitos fundamentais se pode deduzir que estes são, em regra, ponderáveis, restringíveis. Na verdade, em que pese possam ser vistos como um consenso mínimo imposto aos grupos políticos dominantes, seja porque representam valores essenciais da sociedade, seja porque tutelam as condições para um correto funcionamento do processo de deliberação democrática, ninguém parece contestar que não são absolutos.

Na esteira de Alexy,[72] não há ainda que se falar em limites imanentes aos direitos fundamentais, que predeterminariam um âmbito de proteção,[73] mas apenas em um direito original, ilimitado *prima facie*, e, posteriormente, diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto, em uma restrição àquele. A limitação, dessa forma, só pode surgir de uma necessidade externa de conciliação entre os direitos conflitantes, sendo imprescindível, em qualquer caso, uma fundamentação racional e constitucional.[74]

---

69. Na opinião de Correia seriam direitos da coletividade em geral, já para Essado seria um genérico direito fundamental à segurança. CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Safe, 2009. p. 73; ESSADO, Tiago Cintra. Ob. cit., p. 35.

70. ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 121-179.

71. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 1159-1189.

72. ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 276-294.

73. Assim, por exemplo, Vieira de Andrade, para quem não haveria duas categorias distintas, o direito e sua restrição, mas tão somente o direito, cuja definição do âmbito de proteção já pressuporia a exclusão de certas situações fáticas (suporte fático restrito). Veja-se que tal raciocínio reduziria a função da ponderação, eis que os eventuais conflitos já seriam de plano afastados. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 173-179.

74. Sobre o tema: SILVA, Luís Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais – Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. passim.

Assim, entende-se que, se diante daquelas lesões específicas, de natureza grave, o bem jurídico é diretamente afetado, a incriminação da conduta ofensiva não pode se furtar a um processo prévio de ponderação entre os princípios constitucionais de que dependem aquele bem afetado e aqueles atingidos pela imposição da pena criminal. Este conflito entre princípios constitucionais se dá diante de uma situação concreta, na qual a violação do bem jurídico por uma conduta ameace os fins perseguidos por princípios fundamentais específicos. Na hipótese do trabalho de ponderação resultar na precedência destes princípios sobre aqueles que seriam afetados pela própria imposição da pena, então pode-se falar em uma regra jurídica que corporifique este resultado. Naqueles casos em que a situação fática específica se verificar, a tutela do bem jurídico estará, em princípio, autorizada.

Nesse sentido, também as condições fáticas que permeiam esta ponderação, que configuram uma situação específica de conflito no mundo real, deverão ser incorporados no tipo penal.

Diante da verificação destas condições fáticas poderia se falar em uma relação de precedência previamente definida pelo legislador. O tipo legal de crime, portanto, há de descrever a situação fática concreta que, caso verificada, daria ensejo ao resultado da ponderação prévia de princípios constitucionais: a prevalência daqueles cujo suporte advém da integridade do bem jurídico afetado e daqueles afetados pela persecução penal e pela aplicação definitiva da pena, notadamente a liberdade individual, com a consequente restrição autorizada desta.

Mas além das circunstâncias fáticas que compõem a situação de conflito, também aspectos normativos devem ser considerados. A precedência de uns princípios sobre outros a permitir a restrição destes últimos exige por certo juízos de adequação (a restrição de um será adequada à otimização do outro, os fins de proteção serão atingidos com esta medida), necessidade (ou subsidiariedade: não dispõe o Estado de nenhum outro meio menos restritivo para atingir os objetivos almejados), e proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens advindas da criminalização superam suas desvantagens).

Todas estas etapas, é bom de se ver, dependerão de decisões políticas do legislador. Porém, com decisões políticas não se quer dizer discricionárias. Cada fase de seleção exposta acima deve ser precedida de profunda argumentação jurídica, racional, que lhe preste fundamento. A razão de ser desta singela exigência de clareza e transparência, que tanto tem sido negligenciada, é a possibilidade de controle democrático sobre o que se decide, como se decide e o porquê da decisão.

Os bens jurídicos que superam todos estes obstáculos, cumprem todos os citados requisitos, são aqueles, diga-se, qualificados, que apresentariam uma dignidade penal. Nesta linha, a contribuição do princípio da fragmentariedade deveria ser exatamente esta: determinar dentre todos aqueles bens jurídicos com arrimo constitucional os mais relevantes, possuidores de uma dignidade penal. O respeito à fragmentariedade está, portanto, intimamente ligado à análise da proporcionalidade da norma penal.

## 5. CONCLUSÃO

Parece, por fim, que a cláusula de Estado Social e Democrático de Direito, aliado a uma Constituição pluralista e rígida, exige que a aplicação do sistema penal busque unicamente a tutela subsidiária de bens jurídicos fundamentais contra os ataques mais graves.

Ao se atribuir esta tarefa ao direito penal, não resta ao legislador ordinário outra coisa senão observar tal preceito quando da edição de normas incriminadoras, sendo certo que esta meta só pode ser atingida quando a proibição penal estiver voltada para a tutela de um bem valioso para o homem.

No entanto, para que se dê ao princípio de exclusiva proteção de bens jurídico-penais a máxima efetividade e, com isso, garanta-se a vinculação e a restrição das escolhas efetuadas pelo legislador ordinário, importa atribuir ao princípio da fragmentariedade, àquele correlato, um conteúdo de normatividade. Para que o primeiro encontre vigência e cumpra sua função liberal, também o segundo não pode ser esvaziado.

Nesse sentido, a orientação político-criminal do direito penal voltada à proteção de bens jurídicos necessita do estabelecimento de critérios minimamente objetivos capazes de orientar o legislador no trabalho de seleção dos bens jurídicos mais fundamentais. Se ao direito penal só é permitido proteger os bens mais importantes, contra os ataques mais graves, então não pode ignorar como deva se dar a identificação destes bens.

A título de conclusão, e de forma sucinta na tentativa de não se repetir nas ideias já expostas ao longo deste artigo, é possível identificar assim as primeiras linhas dos ditos critérios de seleção de bens jurídico-penais:

a) O bem objeto de interesse dos indivíduos ou da sociedade deve deter caráter concreto,[75] com origem externa ao sistema jurídico. Deve ser identificado na realidade do convívio social;

75. RUDOLPHI, Hans Joachim. Ob. cit., p. 333.

b) Deve não apenas ser imprescindível à consecução dos fins determinados por princípios constitucionais, mas também, e necessariamente, ser referível a direitos fundamentais de liberdade, ou seja, que ostente uma posição privilegiada na pauta de valores constitucionais (bem jurídico-constitucional);

c) Identificado um bem com estas características, deve-se partir para uma terceira etapa, a determinar sua dignidade penal: diante de certas circunstâncias fáticas e jurídicas configuradoras de uma situação de conflito normativo, a promoção dos princípios fundamentais através da proteção do bem jurídico deve preponderar sobre a restrição dos outros princípios igualmente fundamentais afetados pela aplicação da pena.

Só assim, quando o legislador for capaz de identificar de forma clara e justificar racional e argumentativamente o objeto de proteção penal[76] é que se poderá recorrer à criminalização de condutas a ele ofensivas.

Este deveria ser o conteúdo do princípio da fragmentariedade, conferindo-lhe poder normativo (vinculação e coercibilidade) e tomando o exercício do poder punitivo mais restrito, mais racional, mais controlável e, portanto, mais consentâneo com o primado dos direitos fundamentais e com o modelo de Estado Social e Democrático de Direito.

## 6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *A teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BATISTA, Nilo. *Introdução critica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo/ Buenos Aires: B. de F, 2010. Colección Maestros del Derecho Penal.

76. Atos estes que devem estar evidenciados durante o processo legislativo, permitindo um controle democrático sobre aquilo que será, afinal, protegido por meio de criminalização de condutas. A decisão final, até por respeito ao princípio democrático, é primordialmente política. Mas política não significa arbitrária. O respeito aos direitos fundamentais (uma promessa feita pela maioria à minoria, conforme bem disse Dworkin) impõe a exigência de que tal decisão seja, ou pretenda ser, racional e argumentativamente defensável.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 1.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Safe, 2009.

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

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano 4. fasc. 2. p. 151. Lisboa: Aequitas, abr.-jun. 1994.

ESSADO, Tiago Cintra. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. Porto Alegre: Safe, 2008.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Montevideo/Buenos Aires: B. de F., 2004.

FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. vol. 5. Série as Ciências Criminais no Século XXI.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 49. p. 89. São Paulo: Ed. RT, jul-ago. 2004.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2005.

HIRSCH, Hans Joaquim. *Acerca del estado actual de la dicussión sobre el concepto de bien jurídico. Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.

HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. *Bien jurídico y Estado Social y Democratico de Derecho: el objeto protegido pela norma penal*. 2. ed. Santiago: ConoSur, 1992.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. t. I.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 2003.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal: libro de estudio. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina, 1958.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Safe, 1989.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

_____. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2005. vol. 1.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 4. ed. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson-Civitas, 2008. t. I.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Nuevo pensamiento penal. *Revista de Derecho y Ciências Penales*. ano 4. n. 5 a 8. Buenos Aires: Depalma, 1975.

SCHUNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 53. p. 9. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2005.

_____. El princípio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Trad. Rafael Alcácer, Maria Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

SILVA, Luís Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais – Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bién jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Trad. Rafael Alcácer, Maria Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

STRATENWERTH, Gunter. *Derecho penal: parte general. El hecho punible*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson-Civitas, 2005. t. I.

_____. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de*

*legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Trad. Rafael Alcácer, Maria Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 0. p. 75-87. São Paulo: Ed. RT, jan.1992.

_____. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

WOHLERS; HEFENDEHL, Roland. Comentarios finales. In: Hefendehl, (org.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Trad. Rafael Alcácer, Maria Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – II, I*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo, de Fabio Roberto D'Avila – *RBCCrim* 80/7;
- Bem jurídico penal: algumas compreensões, breves reflexões, de Davi Castro Silva – *RCP* 10/190;
- Bem jurídico-penal à luz da Constituição Federal de 1988, de Rafael Silva de Faria – *RCP* 13/275; e
- Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos, de Urs Kindhäuser e Beatriz Corrêa Camargo – *RBCCrim* 95/85.

60952

# ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

1

*Some observations regarding private corruption in the spanish Criminal Code*


## IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca. Director del "Grupo de Estudio sobre corrupción, delincuencia económica y crimen organizado" de la misma Universidad, reconocido como "Grupo de Investigación de Excelencia de Castilla y León".

## GIORGIO D. M. CERINA

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Investigador del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha. Colaborador del área de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.


ÁREA DO DIREITO: Penal

**RESUMEN:** Aunque con 10 años de retraso respecto de la fecha en la que se había comprometido a hacerlo, en la reforma del Código penal de 2010 el legislador español ha incorporado finalmente un delito de corrupción entre particulares. La doctrina, por lo general, ha calificado negativamente dicha innovación haciendo hincapié en las dificultades que el nuevo art. 286bis plantea respecto al principio de lesividad y con una visión del Derecho penal como *extrema ratio* del ordenamiento jurídico. Por nuestra parte, con-

**ABSTRACT:** Despite a ten year delay from the date of its commitment, the Spanish legislator finally introduced a private corruption crime in the 2010 Criminal Code reform. The doctrine has generally rated negatively this innovation, emphasizing the difficulties that this new article, 286bis, poses with respect to the harm principle and with a perception of Criminal Law as an *extrema ratio* of the legal order. We consider that these criticisms are not all well founded, that some of the questionings are common to all corruption

sideramos que nos todas estas críticas tienen fundamento, que algunas dudas, en realidad, son comunes a todos los delitos de corrupción y que muchas perplejidades se originan por el empleo de una mala técnica legislativa por parte del legislador. Para completar el camino dedicado a la tipificación de la corrupción entre particulares que empezamos en un anterior trabajo, en este analizamos los aspectos problemáticos del tipo penal tipificado en el art. 286bis en el Código Penal español.

**PALABRAS CLAVE:** Corrupção – Corrupção privada – Corrupção no esporte – Política criminal – Ofensividade – Intervenção penal mínima.

crimes and that much confusion stems from the use of a poor legislative technique by the legislator. To finish up the road dedicated to the characterization of private corruption, which we started in a previous study, we hereby analyze the problematic issues of the criminal type as defined in article 286bis in the Spanish Criminal Code.

**KEYWORDS:** Corruption – Private corruption – Corruption in sports – Criminal policy – offensiveness – Minimal criminal intervention.

SUMARIO: 1. Premisa – 2. La corrupción entre particulares en la Ley Orgánica 5/2010 – 3. El bien jurídico protegido: 3.1 El delito tipificado por el art. 286bis como delito de infidelidad. Crítica; 3.2 El delito tipificado en el art. 286bis como delito pluriofenivo. Crítica – 4. La tutela penal de la competencia en el art. 286bis: 4.1 La relevancia de la legislación extrapenal sobre competencia para la acotación del elemento normativo; 4.2 El bien jurídico protegido y el sujeto pasivo del delito – 5. La técnica de protección escogida: ¿la corrupción en el sector privado como delito de peligro o como delito de lesión? – 6. Crítica a la formulación del actual art. 286bis (I). Algunos residuos del modelo privado de sanción de la corrupción entre particulares: 6.1 El adjetivo "injustificados"; 6.2 Los mecanismos de graduación de la sanción: la trascendencia de las funciones del culpable; 6.3 Sobre la ausencia de los socios o titulares de la empresa entre los posibles sujetos activos de corrupción pasiva – 7. Crítica a la formulación del actual art. 286bis. Algunos problemas de técnica legislativa: 7.1 Sobre los sujetos activos; 7.2 Sobre la conducta típica; 7.3 Acerca del objeto material de la conducta; 7.4 La limitación en la finalidad del soborno; 7.5. Sobre la atenuación de la pena – 8. Sobre el delito de corrupción en el deporte del párrafo 4 del art. 286bis: 8.1 El bien jurídico protegido; 8.2 Los sujetos activos de la corrupción en el deporte. ¿Decisión político criminal o error de técnica legislativa?; 8.3 Problemas concursales entre la corrupción deportiva, la corrupción privada y el cohecho – 9. Algunas conclusiones: 9.1 La privatización como razón de la incriminación de la corrupción en el sector privado; 9.2 Sobre la protección de la competencia; 9.3 Observaciones sobre alguna de las objeciones a la falta de necesidad de la utilización del Derecho penal frente a la corrupción entre particulares; 9.4 Reflexión final – 10. Bibliografía.

## 1. PREMISA

En un anterior trabajo,[1] nos proponíamos un doble objetivo: por un lado, aproximarnos, en una óptica *de lege ferenda,* a una teoría de la corrupción que permita dibujar los rasgos y los principales problemas inherentes a la tipificación de la "nueva" figura delictiva de corrupción entre particulares; por otro, analizar los instrumentos de Derecho internacional y supranacional existentes en la materia así como las principales soluciones adoptadas por algunos de los legisladores europeos.

Por motivos de espacio, dejamos entonces a un lado el estudio de la solución adoptada por el Código penal español que ha sido modificado muy recientemente por medio de la Ley Orgánica 5/2010 la cual, entre otras cosas, ha incorporado un delito de corrupción entre particulares.

En las páginas siguientes, por tanto, nos ocuparemos del art. 286bis del Código Penal español en su redacción actual. El estudio se desarrollará obviando repetir las consideraciones que ya llevamos a cabo en nuestro anterior trabajo, lo que nos permitirá centrarnos exclusivamente en los aspectos problemáticos de la norma española. Habiendo ya planteado de forma general las dificultades generales a las que se enfrenta todo legislador que pretenda tipificar como delito la corrupción entre particulares, finalidad de este estudio será analizar críticamente las soluciones adoptadas por el legislador español deteniéndonos exclusivamente sobre los aspectos de la norma que se presentan como especialmente problemáticos para el interprete.

## 2. LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES EN LA LEY ORGÁNICA 5/2010

En calidad de Estado miembro de la Unión Europea, en el año 1998[2], España contraía la obligación[3] de tipificar como delito la corrupción entre par-

1. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; CERINA, G. D. M., Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y derecho comparado. *RBCCRim* 89/159-214.
2. En virtud de lo dispuesto por la Acción Común de 22.12.1998 sobre la corrupción en el sector privado *Diario Oficial,* n. L. 358 de 31.12.1998. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998F0742:ES:HTML]. Sobre el contenido de la Acción Común, se remite a cuanto dicho en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; CERINA, G. D. M., op. cit., p. 159-214.
3. Como quedó dicho en nuestro anterior trabajo, carece de fundamento aquella duda avanzada por algún sector doctrinal de acuerdo con la cual la Decisión Marco de 2003 no tendría efectos obligatorios. Como ya se dijo entonces, no consta ninguna decla-

ticulares, teniendo como plazo límite el año 2000. No obstante, para que se presentara a las Cortes de Madrid el primer proyecto de Ley Orgánica que incluyera una propuesta para la introducción de este delito, hubo que esperar hasta el día 17.01.2007.[4] Para que se pasase del primer proyecto a la entrada en vigor de la nueva norma, la espera duró hasta el 22.12.2010, en aquella fecha, con 10 años de retraso,[5] España también ha finalmente cumplido con las obligaciones internacionales que había libremente contraído.[6]

---

ratoria de nulidad, ni expresa ni tácita respecto de la misma ni tampoco consta que ningún Estado miembro u órgano de la Unión haya nunca pedido que se declarara.

4. Boletín oficial de las Cortes Generales n. 119-1 (VIII legisladora) de 15.01.2007. Disponible en: [www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_119-01.PDF].

5. Aparte de inexcusable, esta tardanza de España (y no sólo de España) en cumplir con la obligación contenida en la mencionada Acción común del año 1998 parece difícil de explicar: entre el año 1998 y el año 2010, en efecto, el perdurar del incumplimiento ha sido acompañado por la asunción de nuevos compromisos en el mismo sentido: la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción ha sido ratificada por España en el día 19.06.2006 (BOE de 19.07.2006, n. 171); la Convención de derecho penal sobre Corrupción del Consejo de Europa ha sido ratificada por España el día 01.08.2010 (BOE de 28.07.2010, n. 182); finalmente, España ha dado su asentimiento para la entrada en vigor de la mencionada Decisión marco del año 2003.

6. Sobre este punto, conviene señalar explícitamente nuestras diferencias respecto de aquella parte de la doctrina que, más o menos claramente, ha repetidamente manifestado reservas sobre la obligatoriedad de ciertas normas internacionales, o sobre la legitimación de las entidades supranacionales para "imponer" la tipificación de nuevos delitos, o para denunciar que la introducción en el Código penal español del delito de corrupción entre particulares se ha producido sin contar con un previo y necesario pronunciamiento de la parte "relevante" de la doctrina penal o mercantil (así, VENTURA PÜSCHEL, A., Corrupción entre particulares (no deporte): art. 286 bis 1, 2 y 3 PCP, En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 263). La primera observación, lo hemos dicho, no parece en verdad tener fundamento jurídico. La segunda, con independencia de eventuales dudas acerca de los *déficit* de democracia en el marco de las principales entidades supranacionales promotoras de iniciativas *latu sensu* penales, parece no tener en cuenta que el Gobierno de España, autorizado por el Parlamento, ha ratificado tanto la Convención de Derecho Penal del consejo de Europa sobre Corrupción como la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. También se debe recordar que la Decisión marco ya repetidas veces mencionada ha sido aprobada por el Consejo Europeo, en el que está representada España, *por unanimidad* de conformidad con lo dispuesto por el art. 34 TUE entonces vigente.

La Ley Orgánica 5/2010, entre otras importantes reformas modifica el capítulo XI, "De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores", del título XIII del libro segundo, "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico", y , además de otras modificaciones, introduce una "nueva" Sección cuarta, bajo la rúbrica "de la corrupción entre particulares" e integrada por un solo artículo, el 286bis, cuyo texto es el siguiente:

1. "1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la multa a su prudente arbitrio.

4. (*omissis*)[7]."

La referencia que el preámbulo de la LO 5/2010 dedica a este tema indica de forma clara los motivos que llevan a la introducción de la nueva norma, lo que nos indica la razón de ser de la misma y señala un camino para la determinación del bien jurídico protegido en este delito.[8]

7. Véase *infra*.

8. Pese a ello esta posición no es compartida por buena parte de la doctrina con argumentos que analizaremos mas adelante. Por todos, véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 307 con indicaciones bibliográficas. De momento, baste aquí con observar que parece difícilmente rebatible que el legislador, en el preámbulo, pretende hacer

El propio legislador, en efecto, aclara que, a la hora de introducir en el Código penal un delito de corrupción entre particulares, ha sido su preocupación "la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado".[9] Ahora bien, en nuestra opinión y de acuerdo con la lectura de la Decisión marco que hemos propuesto en otro lugar,[10] la referencia del legislador español a este específico instrumento supranacional equivale a una admisión de su preferencia para la tipificación de la corrupción privada siguiendo un modelo público, orientado hacia la protección de un bien jurídico de carácter colectivo como es la competencia.[11]

En este sentido el propio preámbulo recalca que "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 decisio-

---

referencia a la competencia como bien jurídico protegido por el delito de corrupción entre particulares frente a practicas que no sean justas y honestas; de igual manera, es difícilmente justificable que la doctrina y la jurisprudencia no tengan en cuneta una indicación de este tenor. Otra cosa será afirmar que la competencia no es bien jurídico que sea preciso proteger penalmente (y, por tanto que el legislador, ha cometido un error de política criminal) o bien que el tenor literal del tipo abstracto apunta a otros objetos de protección (y, por tanto, que el legislador ha cometido un error de técnica legislativa) o incluso ambos a la vez.

9. Es significativo que, entre todos los demás instrumentos internacionales incumplidos hasta la fecha, el preámbulo haga referencia a la sola decisión marco de 2003 (considerando que, a la hora de reformar el delito de cohecho, la referencia del legislador iba a la Convención de Derecho penal del Consejo de Europa sobre corrupción). Sin querer aquí exagerar la importancia de esta laguna, observamos que, en materia de corrupción en el sector privado, el preámbulo de la ley repite literalmente cuanto dicho por la exposición de motivos del proyecto de 2007. Y, en 2007, naturalmente, la Convención de Derecho penal del Consejo de Europa sobre corrupción no había sido todavía ratificada por España. Este "olvido" del legislador causa cierta perplejidad. Inexplicable parece, en cambio, la ausencia de todo tipo de referencia a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

10. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; CERINA, G. D. M., op. cit., p. 159-214.

11. Sobre los modelos de tipificación de la corrupción en el sector privada y sobre la preferencia para un modelo público de sanción manifestada por los compiladores de la Decisión marco de 2003, véase lo dicho en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; CERINA, G. D. M., op. cit., p. 159-214.

nes 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".[12]

## 3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Si leemos el precepto desde la comprensión de la corrupción privada como traición del agente,[13] deberemos concluir que, para individualizar el bien jurídico protegido, es conveniente partir de la finalidad a la que se dirige el *pactum sceleris*: se pacta *para* que se violen los deberes que dan contenido a la relación agente-principal. Por tanto, para individualizar los deberes que están en juego, habrá que empezar por la descripción que el nuevo tipo hace de la finalidad del pacto.

A este respecto, el art. 286bis aclara que sólo tiene relevancia penal el soborno pactado con la finalidad de que el corrupto favorezca al corruptor o a un tercero frente a otros, incumpliendo con ello sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. Luego se puede afirmar que la delimitación del bien jurídico protegido y del alcance de su protección penal va a depender del contenido que se dé a la palabra "obligaciones". Las alternativas parecen tres.

1. El término se refiere a las obligaciones, esencialmente contractuales, que el corrupto mantiene hacia su principal-empleador. El bien jurídico protegido se cifraría en el legítimo interés del empleador en que el empleado cumpla con sus obligaciones contractuales hacia él, con independencia de la denominación que se les dé, normalmente, "lealtad", "fidelidad" o que se prefiera hacer referencia al patrimonio del principal.[14]

---

12. Este último párrafo resulta algo oscuro. No parece ni mucho menos claro qué significa "obviando a la condición formal de funcionario". Vale la pena recordar que, en la nueva disciplina del cohecho, tal y como modificada por la misma LO 5/2010, el sujeto activo de la corrupción pasiva ya no es sólo el funcionario público sino, en virtud de lo establecido por el art. 423 CP, cualquier persona que participa de una función pública.

13. Se remita, una vez más, a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; CERINA, G. D. M., op. cit., loc. cit.

14. Véase, sobre este punto, MENOZA BUERGO, B., El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP), En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.); RODRÍGUEZ

2. El corrupto, en calidad de agente que opera en el mercado, tiene el deber de observar todas aquellas normas legales o reglamentarias destinadas a todo el que opera en el mercado. Entre ellas, se encuentran las que se refieren a adquisición o venta de mercancías o a contratación de servicios profesionales. Recuérdese que el art. 286 bis no se refiere a la violación de obligaciones genéricas,[15] sino al incumplimiento de obligaciones concretas, las que deben seguirse en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, que, por otro lado, sin duda destacan entre las obligaciones contenidas en la legislación vigente en materia de competencia.[16] Si se siguiera la interpretación impuesta por la Decisión marco de 2003, que impone que se considere como infracción de obligaciones al menos todo comportamiento que quebrante una norma legal, y si se admitiera que es aconsejable interpretar el tipo de forma restrictiva,[17] podría concluirse que el bien jurídico protegido por la norma sería la competencia en lo referido a cómo debe llevarse a cabo.

3. Una tercera opción, sugerida por parte de la doctrina,[18] es aquella que pretende conjugar las dos anteriores, entendiendo que el "incumplimiento de obligaciones" se refiere tanto a la violación de aquellos preceptos legales, esencialmente extrapenales, que regulan la actividad de cualquier sujeto como agente que opera en el mercado, como al quebrantamiento de los deberes que se derivan de las obligaciones contractuales que conforman la relación em-

---

MOURULLO, G., *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por la LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero)*, Madrid: Civitas, 2011, p. 441.

15. En doctrina, se ha hecho hincapié en la genericidad de esta interpretación. Por todos, véase MENDOZA BUERGO, B., op. cit., p. 441.

16. Entendemos que podrá desempeñar un papel fundamental en la aplicación del tipo penal lo dispuesto por el art. 4.1. de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal que define como desleal "todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe". En sentido opuesto, sin embargo, GILI, Pascual Antoni, Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 9/25 y ss., con argumentos que aquí no se comparten. Sobre el art. 4.1 de la LCD, véase, entre otros, MASSAGUER, J., *Comentario a la ley de competencia desleal*, Madrid: Civitas, 1999, p. 143 y ss.

17. En este sentido, véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Delitos...* cit., p. 308 con amplias indicaciones bibliográficas.

18. En este sentido, véase GILI, Pascual Antoni., op. cit., p. 35, quien habla de "una figura con objeto de protección biftonte". En el mismo sentido, VENTURA PÜSCHEL, A., Corrupción entre particulares, En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 325.

pleado-empleador. El delito, por tanto, se configuraría como pluriofensivo: por un lado, su perpetración afectaría al interés en que el mercado funcione de acuerdo con el interés público en la protección de la competencia;[19] por otro, el art. 286bis tutelaría el interés *privado* del principal-empleador en que su empleado-agente actúe en su exclusivo interés o, si se prefiere, "lealmente" o "de forma fiel".

Como ya dijimos en otro lugar,[20] desde una consideración de política criminal, tanto la primera como la tercera opción suscitan objeciones difícilmente superables. A continuación, veremos brevemente como, la corrupción entre particulares tal y como ha sido tipificada por la LO 5/2010 parece no encajar perfectamente en ninguna de las tres anteriores construcciones esquemáticamente propuestas.

### *3.1 El delito tipificado por el art. 286bis como delito de infidelidad. Crítica*

Pretender enmarcar el delito de corrupción privada en un *modelo privado* de sanción, implicaría limitar el alcance del término "obligaciones" a las inherentes a la relación privada entre el empleador-principal y el empleado-agente. Desde un punto de vista meramente semántico esta interpretación podría parecer defendible, máxime si se comparte la idea de que el tipo de corrupción entre particulares ha de ser interpretado de forma particularmente restrictiva.[21] Las cosas cambian si se tienen en cuenta consideraciones de carácter sistemático.

En este sentido y en primer lugar, conviene recordar que el TJCE ha reconocido "el principio de interpretación conforme a las Decisiones marco adoptadas en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea", de tal manera que "cuando aplica el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional (...) (nacional) que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Decisión marco y de esta forma atenerse al art. 34 UE, apartado 2, letra *b*".[22]

---

19. Véase, sobre el punto, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de derecho mercantil*, 8. ed., Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2007, p. 358.
20. Se remite, una vez más, a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; CERINA, G. D. M., op. cit., loc. cit.
21. Así GILI, Pascual Antoni, op. cit., p. 35.
22. STJCE *Comisión contra Consejo* de 16.06.2005 (asunto C-105/2003).

De ahí que, a la hora de interpretar el inciso "violación de obligaciones" habrá que tener en cuenta lo afirmado por el art. 1 la ya citada Decisión marco de 2003, en la que, por otra parte, se inspira el legislador español de 2010).[23] Como se recordará, la mencionada norma supranacional obliga a incluir dentro del significado del término obligaciones como mínimo "cualquier comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado". Con lo cual parece evidente que la referencia a las obligaciones contractuales no agota el contenido lesivo del injusto típico so pena de incumplir con aquellas obligaciones internacionales que han inspirado la propia tipificación del delito.

Por otro lado, un segundo argumento se deriva de la propia colocación sistemática de la norma en el Código penal. Pues los tipos delictivos incluidos en la segunda parte del título XIII del libro II, delitos contra el orden socioeconómico, se caracterizan por la presencia de una marcada componente colectivo en su objeto jurídico.[24] Esta dimensión colectiva implica que el contenido lesivo del ilícito ha de ir más allá del mero interés del empresario-principal y, por ende, del desarrollo leal de su relación con el agente.

Obsérvese finalmente que, si se circunscribiera la lesividad del delito tipificado en el art. 286bis al interés del principal en la lealtad de su empleado, resultaría por lo menos complicado explicar porque el legislador limita la relevancia penal a aquellos comportamientos relacionados con la "adquisición o venta de mercancías o servicios profesionales":[25] acaso ¿no es posible imaginar sobornos *latu sensu* lesivos para los intereses de las empresas-principales del sobornado y/o sobornante cuya finalidad no guarde relación ninguna con la adquisición o venta de mercancías o servicios profesionales? Para que pueda decirse que actúa de forma desleal de cara al empresario principal ¿no sería suficiente que el agente, de forma oculta y en el ejercicio de su actividad, acepte para él un soborno?[26] Recuérdese que, en los supuestos en los que el legislador internacional ha propuesto la tipificación del delito de corrupción entre

23. Se remite, una vez más, a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; CERINA, G. D. M., op. cit., loc. cit.

24. Entre muchos, véase GÓMEZ RIVERO, C. (coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial*, Madrid: Tecnos, 2010, p. 323 y ss.

25. En este mismo sentido, GILI, Pascual Antoni, op. cit., p. 17.

26. Se recordará, en este sentido, lo dispuesto por el Código penal Holandés.

particulares atendiendo a un modelo *privado* de sanción[27] lo ha llevado a cabo formulado el elemento subjetivo de forma considerablemente más amplia que lo que acontece en la Decisión marco de 2003, que se inspira el legislador español de 2010.[28] Por otra parte esto mismo ocurre en aquellos Códigos penales nacionales que identifican como único sujeto pasivo del delito al empresario.[29]

### *3.2 El delito tipificado en el art. 286bis como delito pluriofenivo. Crítica*

Respecto de la posibilidad, barajada por parte de la doctrina,[30] de sostener que es delito protege tanto intereses colectivos, relacionados con la competencia y el funcionamiento del mercado, como intereses particulares del empresario-principal del corrupto, observamos que la misma suscita objeciones difícilmente superables ya en una perspectiva político criminal. Parece innegable que el interés de los competidores del corrupto, de los consumidores y, en general, de la colectividad en que el mercado funcione de acuerdo con los principios rectores de la legislación sobre competencia, a menudo, resulta absolutamente contrario al de los agentes que ofrecen bienes y servicios en el marcado mismo.[31] En este sentido, no parece representar un "caso de labora-

27. Véase, una vez más BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; CERINA, G. D. M., op. cit., loc. cit.

28. así, por ejemplo, el art. 7 del Convenio de Derecho penal sobre corrupción del Consejo de Europa considera penalmente relevante el soborno cuyo fin sea la realización de "un acto incumpliendo sus deberes". Sobre este texto internacional, véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; CERINA, G. D. M., op. cit., loc. cit.

29. Recuérdese cuanto dicho en nuestro anterior escrito a propósito del Código penal holandés.

30. *En este sentido*, BAÑERES SANTOS F; NIETO MARTÍN A., Corrupción entre privados, En: ARROYO ZAPATERO L.; NIETO MARTÍN A.; CRESPO BAQUERO P. (coords.), La armonización del derecho penal español: una evolución legislativa, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* 2015/220. En este mismo sentido GILI, Pascual Antoni, op. cit., p. 25 y ss. De *iure condendo*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; BLANCO CORDERO, I., La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?, En: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002, p. 289, ya sugerían la inclusión en el objeto jurídico del delito de corrupción privada del interés del principal.

31. Entre otros, véase claramente BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., op. cit., p. 293 quien recuerda que "no es (...) de extrañar que a menudo los empresarios traten de reducir los esfuerzos y los riesgos que para ello significa el sistema competitivo, poniéndose de acuerdo para reducir o para eliminar la competencia entre ellos. Es, por ello, perfectamente explicable que los mayores enemigos del sistema competitivo sean las

torio" aquél en el cual el corrupto no es el empleado de una empresa, sino el propio empresario, piénsese en el caso del accionista único, y que, como consecuencia del soborno, él mismo prefiera al corruptor respecto a otro violando la legislación reguladora de la competencia: en este supuesto, en una óptica *de lege ferenda,* no parece adecuado defender la impunidad del empresario.[32]

Por otra parte, si se admitiera la tesis de la pluriofensividad, debería concluirse que, toda vez que el empresario autoriza (bien sea *ex ante,* bien sea *ex post*) la preferencia acordada por el empleado corrupto al corruptor, el comportamiento no sería punible, ya que faltaría la necesaria afectación del bien jurídico "lealtad", consentimiento como causa de atipicidad.[33] Dicho en otras palabras, tipificando el delito de corrupción privada como ilícito pluriofensi-

---

propias empresas, que tratan de ponerse de acuerdo para no competir o para reducir la competencia entre ellas". En el mismo sentido, SPENA, A., Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali, en *Cassazione Penale*, 2007, p. 829. El autor explica de forma pormenorizada que competencia significa, entre otras cosas, posibilidad de que nuevos sujetos entren a participar en el mercado haciendo "valer la cualidad de su propia propuesta". Ello implica también que "una vez entrados en el juego, esta ventaja se traduce inmediatamente en desventaja: en el sentido que, desde el punto de vista de quine ya se encuentre al interior de un cierto mercado, sería mejor – por lo menos desde cierto punto de vista – que en él operara el menor número posible de competidores, de tal manera que pudiera tener a su disposición mayores proporciones de mercado".

32. Aunque, en sentido contrario, CUGAT MAURI, M., Voz "Corrupción privada", En: BOIX REIG J. (dir.); LLORIA GARCÍA, P. (coord.), *Diccionario de derecho penal económico*, Madrid: Iustel, 2008. Sobre el punto, volveremos más adelante.

33. Véase BAÑERES SANTOS F; NIETO MARTÍN A., op. cit., p. 220, quienes observan que "la incriminación generalizada de cualquier tipo de contraprestación de un agente económico a otro con el fin de que sea preferido en la contratación, chocaría con el carácter fragmentario del Derecho penal Resultaría desproporcionado, especialmente, incluir la concesión de ventajas patrimoniales al titular o propietario del negocio o, en una variante que a la postre resulta similar, aquellas contraprestaciones recibidas por el empleado o dirigente que han sido consentidas por el titular del patrimonio. Por esta razón se entiende que la corrupción entre privados protege también al titular del negocio y que es necesario que el empleado o dirigente actúe incumpliendo sus obligaciones, que se concretan precisamente en el deber de buena fe que conforma la relación laboral o cualquier otra prestación de servicios" y añaden que "acertada político criminalmente, pues operará sobre todo en pequeñas empresas y negocios familiares. Sólo aquí es identificable el titular o el dueño del negocio. En sociedades mercantiles abiertas resulta difícil imaginar que todos los socios directamente sean los destinatarios de la ventaja. Aunque un administrador sea propietario de una parte del capital social, la aceptación o solicitud de ventajas supondría un comportamiento típico de no contar con el consentimiento del resto de los accionistas". En este mismo sentido, véase ampliamente GILI, Pascual Antoni, op. cit., p. 32 y ss. con observaciones que no se comparten en su totalidad.

vo, por un lado, se reforzaría la protección penal otorgada a la competencia como bien supraindividual y, por otro, se condicionaría su tutela al interés particular del empresario del corrupto, interés éste último que, por lo menos en abstracto, es, o puede resultar, contrario al precedente.

Además, el resultado de esta interpretación resulta doblemente paradójico si lo ponemos en relación con las recientes novedades introducidas por la LO 5/2010 en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas. A este respecto, baste ahora recordar que el nuevo arts. 31bis del Código penal español dispone que las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos "en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho" o bien "de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso". El art. 31 bis establece, además un sistema de *numerus clausus:* las personas jurídicas responden sólo de aquellos delitos por los cuales su responsabilidad se prevea expresamente en la parte especial del Código. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 288 del Código penal, el delito tipificado con arreglo al art. 286bis es susceptible de dar lugar a responsabilidad de la persona jurídica cuando concurran los presupuestos previstos por el ya mencionado art. 31bis.[34]

Teniendo en cuanta todo lo expuesto, en primer lugar, resultaría por lo menos curioso que el Código penal, por un lado, estableciera expresamente que el supuesto tipificado con arreglo al art. 286bis puede dar lugar a responsabilidad para la persona jurídica *en cuyo provecho* la actividad delictiva se haya llevado a cabo y, por otro, que condicione la relevancia penal de la corrupción pasiva entre particulares a la producción de un perjuicio, aunque no necesariamente económico, para la empresa. Pues es innegable que, si se asume que el bien jurídico consista también en el respeto de los deberes de lealtad que tiene el agente hacia el empresario-principal. Este último pasa a ser sujeto pasivo del delito y, por ende, resulta perjudicado por la comisión del mismo.

34. En virtud de lo dispuesto por el art. 288 del CP, las penas aplicables serían de multa de uno a tres años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad; multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

En este mismo orden de ideas, de admitirse la tesis de la pluriofensividad, se le concedería al empresario una herramienta jurídica excepcional para rodear y vaciar de contenido la responsabilidad de la persona jurídica que incorpora la reciente reforma. De acuerdo con una postura doctrinal mayoritaria, que se aparta del modelo vicarial y defiende el que reposa sobre la idea de culpabilidad por falta de organización,[35] al hacer responsable penalmente a una persona jurídica, lo que se busca es que la misma se dote de "controles preventivos y postdelictivos que ayuden tanto a evitar delitos como a descubrir los ya cometidos".[36] Ahora bien, puesto que, a tenor del propio art. 31bis la comisión del delito de la persona física es presupuesto de la responsabilidad de la persona jurídica, en el mismo momento en el que se reconoce que el consentimiento, incluso *ex post*, de la primera cancela la relevancia penal de la conducta de la segunda, se le termina proporcionando al empresario una herramienta que le permite obviar a su obligación de auto-organización: para librarse de la sanción penal, le será suficiente con "justificar" la conducta de la persona física.[37]

Lo anterior refuerza nuestras dudas respecto a la viabilidad de esta doble protección, de un interés individual del empresario y uno colectivo el funcionamiento del mercado según competencia. De hecho, el asumir la naturaleza pluriofensiva del delito en estos términos, implica dejar sin más en manos del empresario corrupto, o del empresario principal del agente corrupto, el respeto de las reglas de buen funcionamiento del mercado, lo cual resulta difícilmente aceptable.[38]

## 4. LA TUTELA PENAL DE LA COMPETENCIA EN EL ART. 286BIS

### *4.1 La relevancia de la legislación extrapenal sobre competencia para la acotación del elemento normativo*

Los distintos aspecto de la tutela penal de la competencia, merecerían un análisis más amplio que el que ahora podemos dedicarle.[39]

---

35. Así NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid:Iustel, 2008, passim.

36. Ídem, p. 31. La idea es ampliamente dominante en la doctrina con independencia de los matices que separan las posturas de los diferentes autores y que aquí podemos obviar por obvias razones (se remite, por todos, a FEIJOO SÁNCHEZ, B., La responsabilidad penal de las personas jurídicas, En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (orgs.), *Estudios sobre las reformas del Código penal (operadas por la LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero)*, Madrid: Civitas, 2011, p. 65 y ss.).

37. Sobre este punto y en el mismo sentido, véase VENTURA PÜSCHEL, A., op.cit., p. 326.

38. Con argumentos parecidos, véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Delitos*... cit., p. 308.

39. Obsérvese que, por lo menos en primera instancia, no hablamos de competencia leal o de libre competencia. En una perspectiva jurídico-penal y rigurosamente *de lege*

Aquí, es suficiente señalar que la protección de la competencia económica como bien jurídico no es ni mucho menos desconocida para el ordenamiento jurídico español que, desde hace décadas, cuenta con remedios civiles, esencialmente contenidos en la recién reformada Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, y administrativos, baste aquí remitir a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que derogó la Ley 16/1989, de 17 de julio, que mantienen esta finalidad. Incluso en el Código penal español están presentes ilícitos (arts. 278-280) que parecen tutelar la competencia económica como instrumento de funcionamiento del mercado.[40]

La transposición al marco penal de las diferenciaciones normalmente aceptadas por la doctrina mercantilista y por el legislador, por ejemplo la diferenciación entre libre competencia y competencia leal, no siempre es pacífica.[41] Antes de plantear la duda de si el contenido del delito de corrupción entre particulares ha de articularse en el marco de la categoría de la "libre competencia" o de la "competencia leal", conviene apuntar que la finalidad del pacto corrupto, tal como está descrita por el art. 286bis, es susceptible de ser interpretada de forma considerablemente amplia ya que abarca a comportamientos que supongan infracciones de *toda* obligación legal y reglamentaria "en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales".

Ahora bien, proponer aquí un decálogo de todo tipo de obligación contenida en preceptos legales y reglamentarios extrapenales, que aquí son relevantes para delimitar el contenido de este elemento normativo del tipo, es tarea imposible de llevar a cabo en este trabajo. Nos limitaremos a señalar que tanto la Ley de Defensa de la Competencia[42] (LDC) como (y sobretodo) la Ley de Competencia Desleal (LCD) constituyen las referencia obligadas para este objetivo.

---

*ferenda,* la relación entre ambas categorías e incluso su diferenciación dogmática parece todo menos pacífica. Conscientes de la complejidad del debate, remitimos ahora, entre muchos a ABANTO VÁSQUEZ, M., *El derecho de la libre competencia,* Lima: Ed. San Marcos, 1997, p. 26 y ss.

40. Sobre este punto, véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C., Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico), En: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002, p. 414-416.

41. Véase sobre este punto, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., La tutela de la competencia en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal, En: BARBERO SANTOS, M. (coord.), *Los delitos socio-económicos*, Madrid: Facultad de Derecho Complutense, 1985, p. 397-398. Véase también ABANTO VÁSQUEZ, M., op.cit., loc. cit.

42. Piénsese en sobornos aceptados por el empresario que ocupa una posición dominante en el mercado.

En este marco, no nos convence aquella opinión manifestada por parte de doctrina de acuerdo con la cual la infracción de los preceptos contenidos en la LCD y, en particular, la cláusula general contenida en el art. 4 de la misma, que considera civilmente ilícita, en cuanto desleal, toda conducta concurrencial que no se desarrolle de forma objetivamente conforme con las exigencias de la buena fe[43] no representaría una infracción de obligaciones relevante para la configuración del delito de corrupción entre particulares así como disciplinada por el legislador penal español. En este sentido, se ha afirmado que, puesto que el ámbito de aplicación de la LCD tiene que considerarse limitado a los empresarios y, puesto que éstos últimos no aparecen como posibles sujetos activo de corrupción pasiva, no puede considerarse que los demás sujetos tengan una obligación de "competencia leal".[44] Ahora bien, el ámbito de aplicación subjetivo de la LCD es delimitado por el art. 3 de la misma que dispone que "la Ley será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado. La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal". Según la doctrina más acreditada, el primer inciso de la norma hace referencia, además de a los empresarios, a los que ejercen profesiones liberales, agricultores, ganaderos, artesanos, artistas, científicos, deportistas y trabajadores e, incluso, en determinadas circunstancias, la Administración Pública. Se afirma, de forma general, que "parece oportuno sostener que todo sujeto, cualquiera que sea su naturaleza, que acceda al mercado para colocar sus prestaciones u obtener la satisfacción de sus necesidades queda a la legislación contra la competencia desleal".[45] Si esto es así, no encontramos razones para excluir del abanico de los sujetos obligados a administradores de personas jurídicas,[46] directivos (normalmente gerentes o apoderados generales o particulares) y trabajadores.[47]

---

43. MASSAGUER J., op. cit., p. 147.

44. GILI, Pascual Antoni, op. cit., p. 25 y ss.

45. MASSAGUER J., op. cit., p. 128-129.

46. Véase por ejemplo, en el caso de la revelación de secreto MASSAGUER J., op. cit., p. 396 que cita jurisprudencia.

47. La Sala Civil del Tribunal Supremo, ocupándose de la cuestión ha rechazado explícitamente el argumento con apoyo en el cual, quien no reúne la calidad de empresario carece de legitimación pasiva a efectos de aplicación de la LCD. Observa el Tribunal Supremo que "el luminoso Preámbulo de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, afirma que "para que exista un acto de competencia desleal basta, en efecto, con que se cumplan las dos condiciones previstas en el párrafo primero del

Aceptadas estas premisas, habrá que considerar atentamente la posibilidad que el art. 286bis sancione a ofrecimientos o concesiones a directivos, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización de cualquier naturaleza para que éste favorezca al que ofrece o concede o a un tercero frente a otros, *incumpliendo sus obligaciones de actuar según buena fe competencial en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.*

### *4.2 El bien jurídico protegido y el sujeto pasivo del delito*

Una vez reconocida la relevancia de la lealtad competencial como bien jurídico protegido por el delito tipificado en el art. 286bis del Código penal español, el camino hacia la delimitación del interés tutelado por la norma, requiere la individualización del sujeto o de los sujetos pasivos del delito.

Según señala la doctrina mercantilista, la protección de la competencia ha conocido una evolución que ha conllevado claros cambios de perspectiva. Por un lado, se ha pasado de una idea de protección de la competencia como tutela del derecho del empresario competidor, a la concepción de la competencia como deber de actuar de forma competencial que le incumbe a todo agente que opera en el mercado en cuanto deber vinculado al funcionamiento mismo de la economía de mercado. Por otra parte, sobre todo en los últimos años, se ha asistido a una separación cada vez más clara entre los comportamientos contrarios a la lealtad de la competencia que perjudican *directamente* a los competidores y los comportamientos contrarios a la lealtad de la competencia que perjudican *directamente* a los consumidores.[48]

---

art. 2.º: que el acto se 'realice en el mercado' (es decir, que se trate de un acto dotado de trascendencia externa) y que se lleve a cabo con 'fines comerciales' (es decir, que el acto – según se desprende del párrafo segundo del citado artículo– tenga por finalidad 'promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero' )'". Y añade que no es preciso que los sujetos – agente y paciente– del acto sean empresarios. (La Ley también resulta aplicable a otros sectores del mercado: Artesanía, Agricultura, profesiones liberales, etc.), ni se exige que entre ellos medie una relación de competencia. Por si no fuera suficiente", añade la Sala, "el art. 20 de la referida Ley hace referencia a la legitimación pasiva, permite ejercitar las acciones contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal, o haya cooperado a su realización" (así Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 963/2000 de 18 octubre RJ\2000\8809).

48. Sobre esta evolución, véase, entre muchos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., op.cit., p. 294 y ss. Véase también BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., La tutela... cit., p. 397-398.

Desde una perspectiva político criminal supone para el legislador penal una elección preliminar del aspecto del bien jurídico que se pretende proteger, teniendo en cuenta las consecuencias que tiene dicha elección sobre la técnica de protección a utilizar y sobre los concretos comportamientos que quieren ser evitados mediante el recurso al Derecho penal. En este sentido y teniendo en cuenta que, en cualquier caso, la protección de la competencia es consustancial a garantizar el funcionamiento mismo de la economía de mercado,[49] en primera instancia, parecería poderse indicar como posibles las siguientes opciones, entre ellas perfectamente compatibles:[50]

1. prohibición penal de prácticas de competencia desleal que afecten *directamente* al interés de los consumidores y sólo *mediatamente* al de los competidores.[51]

2. prohibición penal de prácticas de competencia desleal que afecten *directamente* al interés de los competidores y sólo *mediatamente* al de los consumidores.[52]

3. una tercera vía que privilegie una aproximación de tipo macroeconómico y que sancione conductas que, si repetidas, puedan afectar o afecten a la existencia de la competencia, bien jurídico institucional y cuya titularidad es detentada por la entera colectividad.[53]

---

49. En este sentido parece deberse leer la afirmación de QUERALT, J. J., *Derecho penal español: parte especial*, 6. ed., Barcelona: Atelier, 2010, p. 626, según el cual la competencia es bien jurídico colectivo y sujeto pasivo del delito es la comunidad.

50. En términos parecidos, GILI, Pascual Antoni, op. cit., p. 9 (texto consultado en su versión telemática).

51. Véase, por ejemplo, los supuestos de engaño, confusión, omisiones engañosas y prácticas agresivas contemplados por la Ley de Competencia Desleal actualmente vigente.

52. Véanse, por ejemplo, los supuestos de denigración, comparación, imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos e inducción a la infracción contractual contemplados por la Ley de Competencia Desleal actualmente vigente.

53. Véanse, por ejemplo, los supuestos de violación de normas, discriminación y dependencia económica o venta a pérdida contemplados por la Ley de Competencia Desleal actualmente vigente. Para una afirmación clara de la diferencia de perspectiva que supone una idea micro-económica de la competencia o una idea marco-económica de la competencia, véase, entre otros, SPENA, A., op. cit., p. 829 y ss. Sobre este punto, véase también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* cit., p. 200 y ss. Sobre la competencia entendida como algo distinto respecto de los "intereses de los competidores y de los consumidores" siendo algo que "se expresa como un bien jurídico supraindividual con funciones concretas en el núcleo mismo del modo de producción, esto es, en el mercado", véase HORMAZABAL MALARÉE, H., Consideraciones en torno de la incriminación de conductas lesivas a la competencia, *Revista Técnica Laboral* 15/3.

Somos conscientes de que el debate que aquí subyace precisaría de un análisis mucho más profundo del que vamos a desarrollar, pues nos limitaremos a señalar que el objeto de protección del art. 286bis puede explicarse desde la segunda opción apuntada.[54]

Pues, la limitación de la relevancia penal a las conductas que suponen una discriminación ilícita, contraria a las obligaciones legalmente consagradas, entre proveedores o adquirentes de mercancías o servicios profesionales hace suponer que el sujeto *directamente* perjudicado por la conducta de corrupción entre particulares tal y como aparece descrita en el art. 286bis CP, es, en primer lugar, el discriminado. El tipo describe un comportamiento que involucra, por lo menos, a tres sujetos: el primero, tiene que mantener una posición que le ponga en condición de *favorecer a alguien en la adquisición o venta de mercancías o contratación de servicios profesionales*; el segundo es el corruptor que, mediante el soborno, trata de hacer efectiva una pretensión, ilegítima e ilegal de acuerdo con los principios de la lealtad competencial, a ser favorecido en su calidad de proveedor, adquirente o contratista; el tercero (o los terceros) que tiene(n) una pretensión legítima a ser escogido(s) como proveedor(es), adquirente(s) o contratista(s) y es/son injustamente preterido(s) en virtud de la intervención del soborno.[55]

En esta línea de razonamiento, podemos afirmar que el aspecto del bien jurídico competencia *inmediatamente* protegido por el delito tipificado por el art. 286bis del Código penal español es el interés del potencial proveedor, adquirente de mercancías o contratista profesional en ser escogido o excluido de una relación comercial mediante un procedimiento de selección que respete las reglas de funcionamiento del mercado legalmente establecidas. En el fondo, naturalmente, como componte esencial del bien jurídico competencia, aquí *mediatamente* protegido está el interés del consumidor en que el mencionado procedimiento no se desarrolle al margen de los principios

54. De acuerdo con parte de la doctrina española, ésta sería la única forma en la que el derecho penal puede intervenir a protección de la lealtad competencial, protección que habría de llevarse a cabo mediante tipos acumulativos. Véase, sobre este punto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Algunas reflexiones... cit., p. 414. En sentido contrario parecería pronunciarse parte de la doctrina alemana (véase GILI, Pascual Antoni, op. cit., p. 18-19, con crítica del autor que aquí se comparte.

55. Para que sea lógicamente posible favorecer al corrupto frente a otros, tienen que existir, por lo menos, dos distintos sujetos que puedan *adquirir o vender mercancías o servicios profesionales:* uno de ellos es el corruptor y otro es el *desfavorecido.*

de competencia leal.[56] Todo ello, en el marco conceptual antes dibujado y en el cual la observancia de los principios de lealtad competencial por parte de los agentes que operan en el mercado es consustancial al funcionamiento mismo de la economía.

## 5. LA TÉCNICA DE PROTECCIÓN ESCOGIDA: ¿LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO COMO DELITO DE PELIGRO O COMO DELITO DE LESIÓN?

Como dijimos en otro lugar,[57] en la corrupción pública, puede defenderse que la Administración mantiene una legítima pretensión a que sus "agentes" desempeñen su función siguiendo un procedimiento de toma de decisiones imparcial. La intervención de un soborno indebido con la finalidad de obtener una decisión, sea conforme o contraria a los deberes del funcionario, ya de por sí, supone un quebrantamiento de la mencionada pretensión de la Administración. Por ello, en nuestra opinión, el cohecho público antecedente, tanto propio como impropio, es delito de daño y no de peligro.[58] En el caso de la corrupción propia antecedente, a la *lesión* del interés a que el funcionario decida mediante un procedimiento motivacional imparcial, se añade la puesta

56. Parece evidente que la utilización del soborno como criterio de adjudicación del contrato supone un aumento de los costes que, en la mayoría de los casos, terminará repercutiendo en el consumidor. En sentido contrario, véase GILI, Pascual Antoni, op. cit., p. 21, quien defiende que "el interés en la existencia de precios bajos es un objetivo que debe conseguirse a través de la autorregulación del mercado, no del Derecho Penal. El interés en la calidad, por su parte, interesa al Derecho punitivo sólo en tanto se vea afectada la salud o se ocasionene determinadas pérdidas patrimoniales, para lo que ya se cuenta con tipos específicos. En definitiva", concluye el autor, "los consumidores, simple y llanamente, no pueden esperar objetividad penalmente tutelada". La opinión, si expresada *de lege ferenda*, nos parece discutible, más aun considerando la evidente derrota que la reciente crisis económica ha supuesto para los partidarios de la autorregulación del mercado. *De lege lata*, nos parece difícil negar que el Derecho penal asume (o ha empezado a asumir) también funciones de protección para los derechos de los consumidores en el *correcto* funcionamiento del mercado y, en particular y sin que ello quebrante el principio de intervención mínima y fragmentariedad, para la correcta determinación de los precios. Sobre este punto, sea suficiente remitir a NIETO MARTÍN, A., Protección penal de la competencia, los mercados financieros y los consumidores, En: GÓMEZ RIVERO, C. (coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal, parte especial*, Madrid: Tecnos, 2010, p. 465.

57. Se remite, una vez más, a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; CERINA, G. D. M., op. cit., loc. cit.

58. Se remite a la tesis doctoral, de momento, inédita, de CERINA, G. D. M., *La lucha contra la corrupción en el siglo XXI: el papel del derecho penal*, Salamanca, 2010, p. 536 y ss.

en peligro de la actuación de la Administración pública: el cohecho propio antecedente, podría considerarse por tanto, como un delito pluriofensivo, a la vez de daño y de peligro.

También es un delito de daño el de corrupción privada cuando se tipifica de acuerdo con un modelo estrictamente privado, por ejemplo el recogido en el Código penal holandés, el bien jurídico protegido, lealtad o fidelidad del empleado-agente hacia su empleador-principal, resulta lesionado por la propia existencia de un pacto remuneratorio oculto contrario a buena fe y el delito se consuma en el momento en el cual se produce el pacto. En esta consideración de la corrupción privada, la coincidencia entre momento consumativo y lesión del bien jurídico deja espacio a pocas dudas.

De acuerdo con la opinión unánime de la doctrina,[59] el caso del art. 286bis de nuestro Código es claramente distinto. Con relación a la lealtad de la competencia, se considera normalmente que el desvalor de resultado radica en la contrariedad a las obligaciones legales de la decisión *efectivamente tomada* por el corrupto. Por otra parte, la letra de la ley no requiere, para que el delito se consume, que la decisión *haya sido efectivamente tomada* sino que el legislador se limita a condicionar la relevancia penal del comportamiento a que exista un acuerdo que *tenga como finalidad* la toma de la decisión indeseada. Por lo que estaríamos ante un delito de peligro abstracto: lo que se sanciona, en realidad, es el acuerdo para lesionar el bien jurídico protegido, con independencia de que el mismo resulte finalmente afectado. En último término estaríamos ante una evidente y rechazable[60] derogación al principio general con apoyo en el cual el acuerdo para delinquir, si no es seguido por la comisión del delito, al menos, en grado de tentativa, no es punible.[61]

59. VENTURA PÜSCHEL, A., Corrupción... cit., p. 325.

60. Sobre el punto, véase SPENA, A., op. cit., p. 834 y ss.

61. Derogación que plantea numerosos problemas de cara al principio de proporcionalidad. En doctrina se insiste en que, si es punible el acuerdo remuneratorio para lesionar la competencia en el mercado, no se entiende como pueda ser no punible el acuerdo remuneratorio para quitar la vida de una persona. Bajo este prisma, ha de leerse la propuesta avanzada por la doctrina de invertir el término de los factores y, siguiendo el ejemplo del legislador italiano, convertir el delito desde *corrupción para lesionar a la competencia* en *lesión de la competencia mediante corrupción*. Si entendemos correctamente, esta es la finalidad de la propuesta formulada por VENTURA PÜSCHEL, A., Corrupción entre particulares (no deporte)... cit., p. 262-263. Sin poder ahora entrar en detalle, por otra parte, nos parece que la alternativa propuesta, incluso considerando correctas las razones que se esgrimen en su favor, no es la mejor. Si se acepta como presupuesto que lo que lesiona la competencia es, en realidad, favorecer a alguien,

Con razón, se ha dicho que la anticipación de la punibilidad al momento en el que se consuma la corrupción demuestra que la intención del legislador no es proteger la lealtad, componente esencial del bien jurídico competencia, sino promover, a través del derecho penal, una *moralización* del mercado.[62] La consecuencia sería la formulación de un tipo meramente simbólico incompatible con el principio de lesividad, de proporcionalidad y con una idea del Derecho penal como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico.

Sin pretensión de resolver aquí de forma definitiva esta cuestión, podemos plantear si es posible una lectura "diversa" de esta norma. En particular, creemos que el juicio acerca de la compatibilidad de su introducción con los principios básicos del Derecho penal precisa de una atenta reflexión sobre la posibilidad de que la consumación del delito, esto es, del pacto corrupto que tiene como *finalidad* el quebrantamiento de las reglas dispuestas a salvaguardia del correcto funcionamiento del mercado, suponga ya de por sí una lesión del bien jurídico protegido. En este sentido, nos parece que el soborno representa, ante todo, una *alteración en el procedimiento de la toma de decisión*. Ahora bien, a tenor del art. 286bis, sólo tiene relevancia penal aquel soborno que es "injustificado". De ahí que el pacto remuneratorio tipificado por la norma supone una *alteración injustificada del procedimiento de toma de decisiones* relacionado con la elección del proveedor o adquirente de mercancías o bien del contratista profesional.

Ahora bien, para responder a la pregunta que aquí planteamos, es decir, si esta alteración es en sí lesiva de algún bien jurídico, consideramos que, al igual que en el cohecho público, el banco de prueba deba ser la corrupción impropia. Piénsese, por tanto, en el siguiente supuesto: el agente A, en calidad de encargado de suministros, recibe una remuneración injustificada de B para preferirle como proveedor y excluir a C, otro posible proveedor. Supongamos ahora que las "obligaciones" de A puedan resumirse en el "deber de escoger el proveedor que ofrece el mejor producto al menor precio". Y supongamos también, aunque el caso parezca de laboratorio, que efectivamente B ofrecía mejores productos y a un menor precio que C. Resultado de ello, sería que A habría favorecido a un proveedor respecto a otro basándose no en el análisis coste-beneficio, como debía haber hecho, sino en la recepción de un soborno injustificado. El resultado de la actuación de A, por otra parte, se revela *ex post*,

---

nos parece entonces más consecuente considerar como conducta típica "favorecer" y no "conseguir un beneficio indebido").

62. VENTURA PÜSCHEL, A., Corrupción... cit., p. 321.

correcta. Nos preguntamos si, en este supuesto, C y los demás agentes que operan en el mercado o incluso cualquier persona interesada en el correcto funcionamiento de la economía de mercado, continua estando legitimado para alegar el quebrantamiento de un interés merecedor de tutela. O, dicho en otras palabras, ¿existe un interés en que todos los agentes que actúan en el mercado tomen sus decisiones, en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, *siguiendo un procedimiento basado en* las reglas establecidas para garantizar el correcto funcionamiento del mercado? Y, por consiguiente, ¿merece ser reprochada la *alteración del proceso de toma de decisión*, con independencia de la corrección de la decisión efectivamente tomada?

Si la respuesta a esta última pregunta es negativa y si se considera que lo único que interesa es el *resultado del proceso decisión,* con independencia de cómo se haya llegado a adoptar, entonces la conclusión es obligada: el art. 286bis tipifica un delito de peligro abstracto y presenta perfiles problemáticos de cara a su compatibilidad con el principio de proporcionalidad y con la idea de derecho penal como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico. Por lo que desde una óptica político criminal, hubiera sido deseable que el legislador dirigiera la respuesta penal hacia una conducta que supusiera una lesión efectiva de la lealtad de la competencia.[63]

Si por el contrario la respuesta a esta cuestión es positiva y se considera que el hecho que el *procedimiento de toma de decisión* de los agentes que operan en el mercado se desarrolle en función de la existencia de sobornos injustificados afecta al correcto funcionamiento del mercado mismo, en cuanto supone un quebrantamiento de los principios existentes en materia de competencia leal, entonces se podrá concluir que, al igual que el cohecho público antecedente propio, también el privado antecedente propio es delito de lesión y no de peligro.

## 6. CRÍTICA A LA FORMULACIÓN DEL ACTUAL ART. 286BIS (I). ALGUNOS RESIDUOS DEL MODELO PRIVADO DE SANCIÓN DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

Desde hace tiempo la doctrina española al examinar las distintas propuestas reforma del Código penal,[64] en lo referido a la tipificación del delito de

63. Por ejemplo, tipificando como delito la conducta de "preferir a otro incumpliendo sus obligaciones...". En este sentido, aunque sin poner ejemplos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Delitos...* cit.,p. 308.

64. Véase, por ejemplo el proyecto de ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre el que Gobierno español presentó al Parlamento en el

corrupción entre particulares había alertado sobre la importancia que tenía el ser consecuentes con el planteamiento inicialmente adoptado. Así, se señalaba que, una vez escogido el modelo *público* de sanción de la corrupción entre particulares, parecía ilógico mantener en las distintas tipificaciones propuestas algunos elementos que parecían y parecen más acordes con un esquema de cohecho privado que pivota sobre la protección del interés del principal-empleador.[65] Algunas de estas observaciones, que aparecían también en el informe elaborado por Consejo General de Poder Judicial,[66] se han reflejado en la redacción final de la LO 5/2010. Aunque la observación general de prescindir del modelo *privado* de sanción de la corrupción en el sector privado y no entender el delito como lesivo de los intereses del principal-empleador, no ha sido completamente seguida pues esta concepción continua teniendo manifestaciones en el art. 286bis.

### *6.1 El adjetivo "injustificados"*

El art. 286bis tipifica un supuesto de cohecho propio antecedente – "(...) para preferir (...) *incumpliendo sus obligaciones* (...)" –, otorgando relevancia penal a la conducta siempre que el soborno sea *injustificado*.

---

mes de enero de 2007 del Código Penal (Boletín oficial de las Cortes Generales n. 119-1 (VIII legislatura) de 15.01.2007. Disponible en: [www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_119-01.PDF].

65. Se permita la referencia, sobre este punto a CERINA, G. D. M.; BRAVO VESGA, A. C., La corrupción en el sector privado: apuntes de derecho comparado y supranacional, En: ROMERO GUZMÁN, J. J. (coord. y editor); RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y OLIVARES J. M. (editores asociados), *Buen gobierno y corrupción. Algunas perspectivas*, Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, p. 432 y ss; BENITO SÁNCHEZ, C. D.; CERINA, G. D. M., Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma, En: DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R.; MATELLANES RODRÍGUEZ, N. P.; FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coords.), *De los delitos y de las penas hoy: la nueva reforma del Código Penal*, Salamanca: Ratio Legis, 2009, p. 86 y ss.; también véase las breves anotaciones presentes en CERINA, G. D. M., Corrupción y cohecho. El derecho penal español *de iure condito* y *de iure condendo*, En: FABIÁN CAPARRÓS, E. A.; PÉREZ CEPEDA, A. I., *Estudios sobre corrupción*, Salamanca: Ratio Legis, 2010, p. 112.

66. El "Informe del Consejo General del Poder Judicial" se encuentra publicado en el texto "Anteproyecto de Ley Orgánica de 14.11.2008, de reforma del Código penal, Salamanca: Ratio Legis, 2009, p. 99 y ss. En doctrina véase, sobre este punto, CASTRO MORENO, A., El nuevo delito de corrupción en el deporte, *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música* 28/20.

Parte de la doctrina, ha querido utilizar este adjetivo para excluir del ámbito de tipicidad determinados supuestos que, de acuerdo con reglas de experiencia plasmadas normalmente en principios como el de irrelevancia o de adecuación social, se considera preferible mantener fuera del alcance de la prohibición:[67] así, por ejemplo, serían justificadas y por tanto atípicas aquellas ventajas que supongan un premio para el empleado o directivo o todas aquellas, como una promoción, que, son en realidad, parte del precio del producto.[68]

En nuestra opinión, parece difícil entender que un beneficio dado, ofrecido, recibido, solicitado etc., *con la finalidad de que se incumplan obligaciones legales o reglamentarias* pueda resultar *justificado*.[69] En este sentido, creemos que el examen del alcance de este precepto ha de desarrollarse en el terreno de las obligaciones legales, reglamentarias y contractuales que eventualmente se planee quebrantar. Así, por ejemplo, si un distribuidor de bebidas refrescantes ofrece a los encargados de compras de diversos establecimientos hoteleros y restaurantes un "viaje" si logran vender más de una determinada cantidad de sus productos,[70] más que debatir sobre el tipo de contraprestación ofrecida, el viaje, habría que determinar si preferir las bebidas del oferente respecto de las de los demás proveedores basándose en el premio ofrecido constituye comportamiento leal o desleal de acuerdo con la legislación extrapenal vigente. En caso de respuesta afirmativa, el comportamiento de quien recibe la ventaja y de quien la ofrece, habrá de considerarse típico. Lo que no ocurriría sie este comportamiento se considera lícito a tenor de los establecido, v.g. por la LCD.

Continuando con este razonamiento surge la sospecha que el legislador con la introducción del adjetivo "injustificados", pretenda excluir del ámbito de lo penalmente relevante aquellos sobornos autorizados por el principal-empleador que, por ello, resultarían *justificados*.[71] Como ya hemos adelantado, esta exé-

67. En este sentido, NIETO MARTÍN, A., Protección... cit., p. 477-478.

68. Ídem, ibídem.

69. En este mismo sentido, no sobra recordar que, en el caso de cohecho público, el legislador especifica el carácter indebido de la dádiva sólo en el supuesto de cohecho impropio en el cual, efectivamente, la ilicitud del delito deriva precisamente del carácter indebido de la dádiva.

70. El ejemplo es el propuesto por NIETO MARTÍN, A., Protección... cit., p. 478.

71. En este sentido parece pronunciarse VENTURA PÜSCHEL, A., Corrupción... cit., p. 325. Alude también al consentimiento del empresario NIETO MARTÍN, A., Protección... cit., p. 478.

gesis del precepto parece difícilmente aceptable.[72] A los efectos de aplicación de esta norma, consideramos preferible entender como sustancialmente pleonástico el adjetivo "injustificado" ya que, se insiste, la ventaja dada, ofrecida, aceptada, solicitada etc. con la finalidad de que se incumplan obligaciones legales o reglamentarias no parece poderse considerar justificada sólo porque esté autorizada por el empresario.

### 6.2 *Los mecanismos de graduación de la sanción: la trascendencia de las funciones del culpable*

El art. 286bis párrafo 3 permite a los jueces graduar la sanción en atención, entre otros parámetros, a la "trascendencia de las funciones del culpable". Cabe preguntarse, en primer lugar, cuál es el término de referencia para evaluar esta trascendencia. Las opciones posibles parecen ser dos: o bien se gradúa la sanción en atención a la *trascendencia de las funciones del corrupto en el ámbito de la entidad en la que las desempeña,* lo que debíamos referir a la posición que ocupa el sujeto en la escala jerárquica de la empresa; o bien se entiende que la trascendencia de las funciones del culpable ha de evaluarse en consideración a la posición que la entidad para la que desempeña sus funciones mantiene en el mercado, piénsese, por ejemplo, en la aceptación de un soborno por parte de un jefe de ventas de una empresa que mantiene una posición dominante. Este segundo criterio es más acorde con la posición que con carácter general seguimos en este delito.

La primera opción, en realidad, parece ligada una vez más a la idea de la corrupción entre particulares como ilícito tipificado a salvaguardia de la confianza que el principal deposita en sus empleados: la trascendencia de las funciones de estos últimos *en la entidad* podría así entenderse como reflejo del grado de confianza depositada en ellos. A una mayor trascendencia, le corresponde una mayor confianza y, si la confianza constituye el contenido de lo protegido en este delito, una mayor sanción.

No obstante, parece posible interpretar el inciso de forma más consecuente con la recepción de un modelo público en la corrupción privada haciendo que la pena se graduara en atención al grado de afectación que la conducta suponga para el bien jurídico protegido, la competencia. La gravedad del ataque no siempre y no necesariamente guarda relación directa con la "trascendencia de las funciones del culpable".

---

72. En este sentido VENTURA PÜSCHEL, A., Corrupción... cit., p. 325.

Pero, en cualquier caso, y como veremos más adelante, los mecanismos de graduación de sanción previstos por el art. 286bis parecen discutibles.

### 6.3 *Sobre la ausencia de los socios o titulares de la empresa entre los posibles sujetos activos de corrupción pasiva*

Si[73] el único bien jurídico a protegerse mediante la tipificación de un delito de corrupción entre particulares es la competencia, al pretender garantizar la lealtad en su desarrollo, parecería lógico esperar la presencia del titular de la entidad en cuyo marco se recibe el soborno entre los posibles sujetos activos de la vertiente pasiva del injusto. Como ha observado la doctrina, no se alcanza a ver cuáles son las razones que llevan a considerar *menos lesivas de la competencia* conductas en la que el *propio titular de la empresa* que ha de decidir la contratación es quien solicita o acepta ventajas o beneficios a cambio de favorecer al que las da frente a su competidores.[74]

Pues bien, en el abanico de sujetos activos de corrupción pasiva, el "nuevo" art. 286bis del Código penal español omite la referencia al titular de la empresa y al socio, con lo que pareciera que busque consagrar aquel modelo "híbrido" de sanción que yuxtapone un bien colectivo, la competencia, y uno individual, la lealtad hacia el empresario.[75]

Parte de la doctrina, en verdad, ha justificado y ha defendido esta omisión. Así, algunos autores han observado que, con independencia de que el objeto jurídico del delito tenga o no un componente individual cuyo titular es el empresario, "la conducta del propietario del ente que cede a la corrupción presenta nula o disminuida capacidad lesiva".[76] Excluidos los casos en los que dicho propietario sea sujeto pasivo del delito, ya que difícilmente se puede ser a la vez sujeto activo y pasivo de un ilícito penal, en los supuestos en los que el bien jurídico sea lisa y llanamente la competencia, se ha dicho que "el protagonista del ataque será quien intenta conseguir una mejor posición en la carrera por una mejor cuota de mercado lo que dejaría fuera de consideración al titular

73. En este mismo sentido y con argumentos parecidos a los que aquí se defienden, véase VENTURA PÜSCHEL, A., Corrupción... cit. p. 324.

74. Así, literalmente MENOZA BUERGO, B., op. cit., p. 430.

75. Y, en efecto, es este el argumento utilizado para defender que el tipo penal español apunta a tutelar la competencia leal y el patrimonio del empresario. En este sentido, BAÑERES SANTOS F; NIETO MARTÍN A., op. cit., p. 220.

76. Así CUGAT MAURI, M., op. cit., p. 277.

del negocio que cede a la corrupción", ya que, "aunque se pueda considerar que con ello favorece a un competidor frente a otros, la libertad de empresa también lo ampara para gestionar su patrimonio como le parezca, por lo que, si la operación le beneficia es lógico que opte por ella, mientras que si no es así él será el primer perjudicado por la misma".[77]

Ahora bien, sin pretender entrar en un debate demasiado amplio, no se debe olvidar que las reglas establecidas para la salvaguardia de la competencia no sólo no están en contradicción con la libertad de empresa sino que son consustanciales para la misma, piénsese en la prohibición de aquellas prácticas que impiden el acceso al mercado de nuevos competidores.[78] En este mismo sentido, de acuerdo con una idea "social" de competencia, se recuerda que "el ejercicio de la libertad de empresa y de la libre competencia no puede redundar exclusivamente en sus ejercitantes, las empresas, sino que de él han de beneficiarse consumidores, trabajadores etc.".[79] Todo esto basta para afirmar que ni la prohibición para el titular de la empresa de llevar a cabo prácticas desleales es incompatible con la libertad de empresa ni el titular de la empresa es, a la vez, titular único del bien jurídico "competencia" y, por tanto, no puede disponer unilateralmente del mismo. Si se comparten estas afirmaciones, no queda espacio para explicar la exclusión del titular de la empresa del respeto de las obligaciones establecidas por leyes y reglamentos en materia de competencia y a las que hace referencia el propio art. 286bis: las mismas, en tanto aplicables, conciernen tanto al titular de la empresa como al socio, tanto al empleado de una multinacional como al empresario individual.[80]

Otros autores han defendido la elección legislativa apelando al principio de fragmentariedad.[81] En este sentido, se ha afirmado que "la incriminación generalizada de cualquier tipo de contraprestación de un agente económico a otro con el fin de que sea preferido en la contratación, chocaría con el carácter fragmentario del Derecho penal"[82] y que "resultaría desproporcionado, especialmente,

77. Ídem, ibídem.

78. Véase NIETO MARTÍN, A., Aspectos de la protección penal y sancionadora de la libre competencia, En: ARROYO ZAPATERO, L.; TIEDEMANN, K., *Estudios de derecho penal económico*, Albacete: Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, p. 114.

79. Ídem, p. 113.

80. Aunque, sobre este punto, véanse las consideraciones de NIETO MARTÍN, A., Protección... cit., p. 476.

81. Así NIETO MARTÍN, A., Aspectos... cit., p. 113.

82. BAÑERES SANTOS F.; NIETO MARTÍN A., op. cit., p. 220.

incluir la concesión de ventajas patrimoniales al titular o propietario del negocio o, en una variante que a la postre resulta similar, aquellas contraprestaciones recibidas por el empleado o dirigente que han sido consentidas por el titular del patrimonio".[83] La opción contraria, siguen estos autores, resultaría desacertada desde un punto de vista político-criminal, ya que el precepto terminaría operando "sobre todo en pequeñas empresas y negocios familiares. Sólo aquí es identificable el titular o el dueño del negocio".[84] En cambio, en sociedades mercantiles abiertas resulta difícil imaginar que todos los socios directamente sean los destinatarios de la ventaja. Aunque un administrador sea propietario de una parte del capital social, la aceptación o solicitud de ventajas supondría un comportamiento típico de no contar con el consentimiento del resto de los accionistas".[85]

Ahora bien, en una perspectiva *de lege ferenda* (que es la de estos autores), nos parece cuestionable que el principio de fragmentariedad lleve a penalizar conductas de empleados y, a la vez, considerar lícitas las mismas conductas cuando son llevadas a cabo por sus empleadores. Además, porque excluir a los socios o titulares de la empresa del abanico de los sujetos activos no cancela *tout court* la relevancia penal de la corrupción pasiva en pequeñas entidades sino que se limita a excluir del espectro de la prohibición a las conductas de los empresarios de estas, pero no a la de sus dependientes.[86] Por otra parte, ya *de lege lata,* una vez omitida la referencia a los socios, debe entenderse que los mismos no son sujetos activos del delito, con independencia del tamaño de la empresa. En este sentido, la solución barajada por la postura doctrinal citada líneas arriba, es decir, limitar la operatividad del precepto a las empresas de mayores dimensiones, requeriría una solución técnica distinta de la adoptada por el art. 286bis ya que la norma, insistimos, no distingue según el "tamaño" de la entidad sino según la posición del sujeto en la estructura de la misma. Aparte de ello, de querer restringir los posibles sujetos activos, la lanza de la despenalización debería apuntar a aquellos cuyas conductas son, por lo menos en abstracto, menos susceptibles de perturbar el bien jurídico protegido: y si la elección es entre el titular de la entidad o su empleado y el bien jurídico es la lealtad competencial, excluir al primero parece más que dudoso.

Aunque el socio-accionista o titular de la empresa puede resultar de alguna forma sancionado, por lo menos indirectamente, ya que, como ya hemos apunta-

83. Ídem, ibídem.

84. Ídem, ibídem.

85. Ídem, ibídem.

86. Véase, en este sentido, MENOZA BUERGO, B., op. cit., p. 431.

do, en virtud de lo dispuesto por el art. 288 CP, la conducta delictiva del subordinado puede generar responsabilidad para la persona jurídica. Al menos es curioso un sistema que considera delictiva la conducta del empleado, que sanciona al empleador-persona jurídica por no haber tomado medidas que previnieran la comisión del delito por parte del empleado mismo y que, a la vez, no considera delictiva la conducta realizada por el propio empleador-persona física.[87]

Entendemos, por otra parte, que puedan existir dudas de cara a la excesiva amplitud del precepto y que una lectura del bien jurídico protegido que prescinda del componente individual, dificulta la distinción entre aquellos sobornos que constituyen un atentado contra la competencia leal y aquellos otros que, de acuerdo con la percepción común, ni siquiera pueden calificarse de "sobornos" sino que representan "parte del precio".[88] Como ya se adelantaba, la diferenciación entre lo lícito y lo ilícito ha de llevarse a cabo en el terreno de la descripción típica de la modalidad de ataque al bien jurídico que resulta penalmente relevante. El ilícito penal, en efecto, no es sólo ilícito de lesión, desvalor de resultado, sino de modalidad de lesión, desvalor de acción. Aquí no se trata de cuestionar si la competencia por es un bien jurídico que deba protegerse por medio del derecho penal sino de preguntarnos qué ataques contra este bien jurídico merecen ser sancionados penalmente. Por esto, no debe pasarse por alto que, de acuerdo con el actual art. 286bis no todo soborno entre particulares es penalmente relevante sino sólo aquél dado, ofrecido, solicitado etc. con la finalidad de que quien lo recibe favorezca al sobornante o a un tercero frente a otros, *incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales*. De ahí que defender la inclusión de los socios y/o titulares de la empresa entre los posibles sujetos activos del delito no debería leerse como una ampliación desmesurada de lo ilícito recordando que, incluso estos sujetos, serán responsables penalmente sólo cuando ofrezcan como prestación al soborno una conducta incompatible con *sus* obligaciones en la venta de mercancía.

## 7. CRÍTICA A LA FORMULACIÓN DEL ACTUAL ART. 286BIS. ALGUNOS PROBLEMAS DE TÉCNICA LEGISLATIVA

Además de los elementos relacionados con la protección del interés del principal-empresario, la formulación del art. 286bis hace surgir otras dudas.

87. En este mismo sentido y con argumentos parecidos a los que aquí se defienden, véase VENTURA PÜSCHEL, A., Corrupción... cit., p. 324.

88. Véase, sobre este punto el ya citado NIETO MARTÍN, A., Protección... cit., p. 477.

Sin la pretensión de llevar a cabo ahora una exégesis exhaustiva de la norma, en los apartados siguientes, nos limitaremos con subrayar algunas incongruencias vinculados a la técnica legislativa empleada.

### *7.1 Sobre los sujetos activos*

Como es consustancial al propio concepto de corrupción la vertiente pasiva del delito se configura como tipo especial propio. Los sujetos activos de corrupción activa entre particulares, a tenor de lo dispuesto por el párrafo primero del art. 286bis, sólo pueden ser "directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización".

Aparte de la ya mencionada ausencia del titular de la empresa y, en su caso, del socio, de la relación de posibles sujetos activos del delito, también llama la ausencia de una mención expresa, junto con los administradores *de derecho,* de los administrados *de hecho.*[89] Sin poder ahora detenernos sobre la importancia de esta diferenciación y sobre la indiscutible necesidad desde un punto de vista político criminal de que la regulación penal referida a la empresa abarque a ambos,[90] observamos que parte de la doctrina ha sugerido una interpretación amplia del término al entender que la palabra "administrador" incluye tanto a quien lo es *de hecho* como a quien lo es *de derecho.*[91] Otro sector doctrinal ha sugerido que el administrador de *hecho* podría considerarse comprendido dentro de la categoría "directivos", también expresamente recogida en el tipo,[92] añadiendo que la redacción actual es próxima a la utilizada por la Decisión marco de 2003.[93]

Frente a esta posturas hay que observar como la referencia genérica al "administrador" se aparta de la técnica legislativa utilizada en otros preceptos tipificados en el título XIII, que se refieren de modo expreso tanto a los administradores de hecho como a los administradores de derecho. Esta incongruencia

89. Sobre este punto, véase VENTURA PÜSCHEL, A., Corrupción... cit., p. 324. CASTRO MORENO, A., op. cit., p. 20-21.

90. Sobre este punto, se remite aquí, entre otros, a FEIJOO SÁNCHEZ, B., op. cit., p. 93 y ss.

91. En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* cit., p. 508.

92. Así MENOZA BUERGO, B., op. cit., p. 439. Comentando un anteproyecto de reforma en el cual faltaba, en el art. 286bis propuesto, cualquier referencia a los administradores, también sugería que los administradores se considerasen *species* del *genus* directivos GILI, Pascual Antoni, op. cit., p. 26.

93. En este sentido, CASTRO MORENO, A., op. cit., p. 20-21.

parece ofrecer un argumento a quienes defiendan una interpretación restrictiva del primer párrafo del art. 286bis, pues cuando la ley ha querido referirse al administrador *de hecho* la ha realizado expresamente. Con lo que una interpretación extensiva del término administrador, puede representar una inaceptable analogía *in malam partem*.[94]

En el mismo sentido, parece también problemático incluir a los administradores de hecho dentro de la categoría "directivos", incorporada por la LO 5/2010 y cuya utilización se limita al art. 286bis.[95] Ciertamente, en el Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2009 entre los sujetos activos del delito de corrupción entre particulares, junto con los "directivos", no aparecían los administradores. De ahí que los autores que se habían pronunciado sobre este particular, habían sugerido considerar incluidos a los administradores de hecho y de derecho dentro de esta categoría "directivos", subrayando la similitud entre el contenido propuesto y el de la Decisión marco de 2003.[96] El Consejo General del Poder Judicial, por su parte, en el "informe al anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal",[97] observaba que "en nuestro sistema jurídico mercantil y laboral, el concepto de directivo no incluye a los administradores, por lo que la transposición de la directiva requiere la del propio concepto de directivo, o bien la inclusión expresa en el tipo de los administradores, tanto de hecho como de derecho, ya que, éstos no son directivos, empleados, ni colaboradores en nuestro derecho".

Ahora bien, la redacción actual del precepto dificulta esta interpretación y aumenta los problemas a la hora de considerar como sujeto activo del delito a los administradores de hecho que no sean a la vez *directivos*. Pues, la mención, junto a los directivos de los administradores sin especificaciones ulteriores,"de hecho o de derecho", deja claro que, incluso para el legislador, directivo y administrador no son lo mismo.

---

94. Plantea la duda también MENDOZA BUERGO, B., op. cit., p. 439.

95. El legislador se ha claramente inspirado al texto de la decisión marco de 2003 que expresamente aludía a quienes desempeñen "funciones directivas o laborales de cualquier tipo" y, luego, a los "empleados".

96. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado (véase el dictamen sobre el anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal 29.10.2009, publicado en el BOE.

97. El informe puede consultarse en: [www.iustel.com/v2/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1034295].

Por tanto, cabe preguntarse si el legislador ha cometido un error y si dicho error, muy a pesar de elementales exigencias de política criminal, puede corregirse mediante una interpretación del precepto, que no quiebre los principios básicos del derecho penal.

Respecto a los sujetos activos, la inclusión de la indescifrable categoría de los "colaboradores" de una empresa mercantil también suscita alguna perplejidad.[98] Respecto de la misma y a la espera de las concreciones que pueda llevar a cabo la jurisprudencia, no queda sino sumarnos a aquellos críticos que abogan para una mayor concreción del término.[99] El término parece referirse a personas que realizan actividades para la entidad sin estar empleados de la misma.[100] En este sentido, hay que recordar que la Convención de Derecho penal del Consejo de Europa sobre corrupción obliga a España a considerar como sujeto activo de corrupción pasiva en el sector privado a sujetos que no tienen el *status* de empleados o no trabajan de forma permanente para la empresa, como es el caso de consultores, agentes comerciales, abogados etc., siempre que la actividad que desarrollen pueda determinar la responsabilidad de la empresa misma.[101]

### *7.2 Sobre la conducta típica*

Al igual que el delito de cohecho tipificado por los arts. 419 y ss., el art. 286bis equipara en la pena de conductas que suponen un diverso grado de afectación para el bien jurídico. Una vez determinado el interés tutelado resulta evidente que, si la conclusión del pacto remuneratorio lesiona un bien jurídico, el mero intento de concluirlo lo pondrá simplemente en peligro. Por ello, cuando el pacto se perfecciona, bien mediante una entrega, bien a través de la aceptación de la propuesta, la sanción debería ser mayor que cuando tan sólo se intenta perfeccionarlo, cuando se solicita, ofrece o promete, sin que la otra parte reciba, o acepte la promesa. Al igual que en el delito de cohecho, el legislador español somete a las mismas penas conductas de diversa gravedad,

98. En este mismo sentido y con argumentos parecidos a los que aquí se defienden, véase VENTURA PÜSCHEL, A., Corrupción... cit., p. 324. El autor señala con razón que hubiera sido preferible utilizar la fórmula empleada por al Decisión marco de 2003 que habla de "personas que desempeñan funciones directivas o laborales de cualquier tipo".

99. Así el mencionado Informe del Consejo General del Poder Judicial, p. 115.

100. Véase MENDOZA BUERGO, B., op. cit., p. 440.

101. En este sentido, véase el párrafo 25 del *Explanatory Report* anexo al Convenio que puede consultarse en: [http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/173.htm].

sin que exista instrumento jurídico internacional alguno que obligue a dicha violación del principio de proporcionalidad.

Finalmente, si, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, se considerara que el pacto remuneratorio, una vez perfeccionado, sólo supone una puesta en peligro para el bien jurídico protegido, es por lo menos, problemático defender la sanción penal del intento de pactar, pues supondría anticipar excesivamente el momento de la consumación respecto de la afectación del bien jurídico protegido.

### *7.3 Acerca del objeto material de la conducta*

Respecto al objeto material de la conducta, ya respecto al delito de cohecho, doctrina y jurisprudencia, no sólo española, debaten sobre la relevancia penal de dádivas de naturaleza inmaterial y/o no evaluables económicamente, como ascensos laborales o prestaciones sexuales. Sin querer ahora reproducir los términos de este extenso y complejo debate, conviene observar que respecto al Código penal de 1995 ya antes de la reforma de 2010, prevalecía en la doctrina una orientación restrictiva mientras que la jurisprudencia se mostraba más proclive hacia una interpretación extensiva. La primera postura, se apoyaba en la descripción del objeto material de la conducta, dádiva o presente, y en la previsión de una pena de multa proporcional al valor de la dádiva.

Aparte de argumentos de política criminal que difícilmente pueden rechazarse, a favor de la interpretación más amplia, pueden mencionarse los instrumentos jurídicos internacionales que contienen normas que obligan a los Estados parte a tipificar como delito la corrupción. La regla general es imponer que se consideren relevantes las ventajas materiales e inmateriales, tangibles o no tangibles, económicamente evaluables o no económicamente evaluables.[102]

Además de esta cuestión, sobretodo en la doctrina italiana, se debatía la relación que había de existir entre el valor de la dádiva y el de la contraprestación ofrecida por el funcionario público y se defendía por la mayor parte de los autores que la palabra "retribución" empleada en la descripción del objeto material de la conducta por parte del legislador transalpino jugaba un papel

102. Véanse, por ejemplo, las Guías Legislativa para la Implementación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción a la p. 69 texto que puede consultarse en: [www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_S.pdf].

central.[103] La misma apuntaba a una relación de proporcionalidad entre soborno y acto del cargo-contraprestación.

La reforma de 2010 al dar finalmente cumplimiento a las obligaciones internacionales ha modificado la descripción del objeto material del delito de cohecho al otorgar relevancia penal a toda "retribución de cualquier clase" y por otro lado, ha modificado el mecanismo de cálculo de la pena de multa en los arts. 419 y ss. del CP, antes la misma se calculaba en función del valor económico de la dádiva, ahora se aplica el criterio es el de días-multa.

En este contexto hubiera cabido esperar que el legislador, al describir el objeto material de la conducta de corrupción entre particulares, hubiera utilizado la misma fórmula que la LO 5/2010 ha empleado para el delito de cohecho. Pero con una técnica legislativa mejorable, en cambio, en el delito de corrupción entre particulares, se establece que cobrará relevancia como "soborno" cualquier "beneficio o ventaja de cualquier naturaleza". Ciertamente, así el legislador deja espacio a ventajas inmateriales y/o no evaluables económicamente pero la no utilización del término "retribución" abre la puerta a discusiones que fácilmente se hubiesen podido evitar. Pero la técnica empleada es aun más criticable si se considera que el art. 286bis prevé una pena de multa "del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja", dejando entender que sólo serán relevantes beneficios o ventajas económicamente evaluables.[104]

### *7.4 La limitación en la finalidad del soborno*

Como ya se ha señalado de forma reiterada, el art. 286bis del CP considera relevantes sólo aquellos sobornos que tengan como finalidad la producción de una distorsión de la competencia *vinculada a la adquisición o ventas de mercancías o a la contratación de servicios profesionales*. Ahora bien, esta restricci-

103. Se remita, una vez más, a la tesis doctoral inédita de CERINA, G. D. M., *La lucha...* cit., p. 909 y ss.

104. Obsérvese que los instrumentos jurídicos internacionales, por lo general, hacen referencia a ventajas materiales e inmateriales, tangibles o no tangibles, económicamente evaluables o no económicamente evaluables. En este sentido, téngase también en cuenta que, siguiendo las indicaciones de la doctrina, la propia LO 5/2010 ha modificado el mecanismo de cálculo de la pena de multa en los arts. 419 y ss. CP (delito de cohecho): si, en el Código penal de 1995 la misma se calculaba con apoyo en el valor económico de la dádiva, después de la intervención del legislador de 2010, el criterio es el de días-multa. No se comprende, por tanto, por qué razón, en el art. 286bis se utiliza un criterio distinto. En sentido contrario, no obstante, VENTURA PÜSCHEL, A., Corrupción... cit., p. 327.

ón supone un incumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de los Tratado internacionales. Pues es más amplio el listado de conductas considerados por la Convención de Derecho penal del Consejo de Europa y por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.[105] Incluso, la Decisión marco de 2003 disponía que todo Estado miembro que quisiera limitar la intervención penal a estas conductas,[106] debería previamente remitir una declaración en este sentido. No nos consta que hasta ahora España haya remitido la requerida declaración.

### *7.5 Sobre la atenuación de la pena*

El párrafo tercero del art. 286 bis dispone que el juez o el tribunal "en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable", pueda imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa "a su prudente arbitrio".

Una parte de la doctrina ha valorado de forma negativa el excesivo arbitrio que este párrafo concede al juez o tribunal.[107] Frente a esta postura otros autores han hecho hincapié en la gravedad de las penas previstas por el art. 286bis y defendido la presencia de un mecanismo que permita su atenuación en los casos de menor entidad.[108]

Entendemos que se trata de un malogrado intento de "transferir" al derecho penal la cláusula de relevancia, que recogen tanto el ordenamiento comunitario como el ordenamiento español en materia de protección de la competencia. Por ella, se excluye la presencia de deslealtad en una práctica, cuando ésta, a pesar de ser objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe, no incide en el comportamiento económico del consumidor o es insignificante o irrelevante.[109] Una muestra de este principio es el contenido del art. 5 de la Ley

---

105. Se remita, una vez más, al ya citado trabajo realizados por los dos autores en números anteriores de esta misma revista.

106. *Rectius* a conductas que mantuvieran esta finalidad.

107. Véase, sobre este punto, QURALT , J. J., op. cit., p. 625.

108. Así BAÑERES SANTOS F; NIETO MARTÍN A., op. cit, p. 224. En el mismo sentido, MENOZA BUERGO, B., op. cit., p. 445.

109. Véase, sobre este punto, LEIÑENA MENDIZABAL, E.; IRACULIS ARREGUI, N., La reforma del derecho español en materia de competencia desleal, protección de los consumidores y comercio minorista por la Ley 29/2009, *Aranzadi Civil num. 6/2010 parte Estudio*, Pamplona: Aranzadi, 2010, versión electrónica, p. 14. Sobre el punto, véase también GALÁN CORONA, E., Las conductas de menor importancia en la vigente ley de defensa de

15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que explícitamente aclara que "las prohibiciones recogidas en los arts. 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia".[110] A la luz de esta norma, es evidente que el legislador que pretenda dar protección penal a la lealtad en la competencia deberá tener en cuenta que tipificar como delictiva una conducta que la norma administrativa considera explícitamente no sujeta a sanción, con toda probabilidad, resultaría incompatible con el carácter secundario del Derecho penal que impiden dotar de relevancia penal a aquellos comportamientos que son conformes a otras ramas del ordenamiento jurídico.[111] No debe olvidarse que hace tiempo Alfonso de Castro afirmaba del Derecho penal que era "las almenas y los cañones de los demás derechos".

Por ello, la solución recogida en el art. 286bis, párrafo 3 no deja de ser insatisfactoria, pues por un lado, la posibilidad de rebajar la pena de multa de acuerdo con el *prudente arbitrio* del juez, aunque su arbitrio tenga que estar motivado, parece entrar en conflicto con el principio de seguridad jurídica; por otro, ello no parece solucionar de forma satisfactoria el problema al que antes aludíamos ya que, el principio de unidad del ordenamiento jurídico impide que esas conductas "insignificantes" sean penalmente relevantes, con lo que las conductas a las que puede aplicarse esta atenuación serán al menos conductas "significantes" para la competencia, por lo que es más que discutible la posibilidad de una atenuación con la entidad de la prevista.

Por otra parte, reiteramos nuestras dudas respecto de las pautas que el legislador proporciona al juez llamado a determinar la sanción a aplicarse al caso concreto: nos parece que ni la cuantía de la dádiva ni la trascendencia de

---

la competencia, en GÓMEZ SEGADE, J. A.; GARCÍA VIDAL, A. (eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 295 y ss.

110. La segunda parta de la norma dispone que "Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado". El desarrollo normativo de este precepto ha sido llevado a cabo mediante el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia véase, a este respecto, GALÁN CORONA, E., op. cit., p. 304.

111. Obsérvese, además, que el art. 2.2. letra *e* de la mencionada Ley de Defensa de la competencia leído a la luz del citado art. 5 de la misma ley, explícitamente excluye la relevancia administrativa de determinados supuestos de corrupción entre particulares, algunos de los cuales parecen claramente subsumibles en el art. 286bis del Código Penal.

las funciones del sujeto activo de corrupción pasiva guarden aquella necesaria relación con el menoscabo del bien jurídico protegido que debería considerarse como parámetro principal a la hora de proceder a la aplicación de la pena. Al contrario, el primero (cuantía de la dádiva) parece sobrentender una vertiente patrimonial del delito mientras que el segundo, como ya dijimos, parece considerar relevante el grado de confianza depositado en quien recibe el soborno por parte de su principal.[112] Con independencia de como se quiera acotar el bien jurídico protegido, es cierto que no necesariamente la pena ha de graduarse sólo en atención a una disminución del injusto, pudiendo responder a otras razones de política criminal.[113] Pero no lo es menos que, si el legislador tanto confiaba en el *prudente arbitrio* del juez, le hubiera sido suficiente disminuir en el mínimo la pena a imponerse dejando realmente al criterio del juzgador los parámetros con apoyo en los cuales rebajar la sanción. Y es evidente que la referencia al "prudente arbitrio" es pleonástica e inocua. En cambio esto no puede afirmarse del establecimiento por el legislador de los criterios con apoyo en los cuales la pena ha de graduarse: si el Código no hubiera establecido nada, el juez, junto con la afectación del bien jurídico-competencia, hubiese podido considerar otros factores para fundamentar su decisión. Pero el problema es que la mención expresa de los parámetros que realiza la ley parece taxativa, de tal manera que le es vetado al juez rebajar la sanción en un grado por razones distintas de la "cuantía de la dádiva" o de la trascendencia de las funciones del culpable, aunque las mismas guarden más relación que éstas con el bien jurídico.

## 8. SOBRE EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN EL DEPORTE DEL PÁRRAFO 4 DEL ART. 286BIS

El párrafo 4 del art. 286bis dispone textualmente que:

"Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales".

112. En este sentido, véase GILI, Pascual Antoni., op. cit., p. 23.

113. Ídem, ibídem.

Se trata de lo que tanto la doctrina como el propio legislador[114] han definido como "corrupción en el deporte". La norma describe un supuesto delictivo autónomo que tendría en común con el tipificado en los párrafos 1 y 2 del art. 286bis la sanción de un comportamiento que puede ser calificado como "corrupción", a todas luces estamos ante una compraventa, cuyos protagonistas no podrían considerarse funcionarios públicos de acuerdo con la definición proporcionada por el art. 24 CP, aunque, sobre este punto, mantenemos ciertas dudas.[115] En este supuesto a diferencia del anteriormente tratado, no consta la existencia de un precepto supranacional que aconseje u obligue a la tipificación penal de estas conductas, con lo que en esta caso pareciera que además de un potencial carácter simbólico en el uso del derecho penal, el legislador español pretende seguir el camino de otros países de su entorno, en especial Italia,[116] que, desde hace tiempo, incorporan en su derecho penal preceptos semejantes al del párrafo 4 del art. 286bis.[117]

Al igual que en el caso anterior nos limitaremos a apuntar algunos de los problemas que plantea el nuevo delito. En particular, quisiéramos centrar la atención del lector sobre tres diversos aspectos del injusto típico: el bien jurídico protegido; la técnica legislativa utilizada por el legislador español; la relación de este precepto con los párrafos 1 y 2 del art. 286 y con el delito de cohecho tipificado por los arts. 419 y ss.

---

114. Así, en efecto, el preámbulo de la LO 5/2010.

115. Resulta francamente decepcionante el preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 a este respecto. El legislador se limita a notificar al intérprete que "se ha considerado conveniente tipificar penalmente las conductas más graves de corrupción en el deporte. En este sentido se castigan todos aquellos sobornos llevados a cabo tanto por los miembros y colaboradores de entidades deportivas como por los deportistas, árbitros o jueces, encaminados a predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva, siempre que estas tengan carácter profesional".

116. La referencia va, naturalmente al ya citado art. 1 de la Ley 401/1989. Sobre este ilícito, véase IANNIELLO, T. Frode sportiva e rapporti con il delitto di truffa previsto dal codice penale. En: GUARDAMAGNA, A. (a cura di). *Diritto dello sport. Profili penali*. Torino: Utet, 2009. p. 59 y ss.; LAMBERTI, A. *La frode sportiva*. Napoli: Jovene, 1990; TRAVERSI, A. *Diritto penal dello sport*. Milano: Giuffrè, 2001.

117. Sobre las razones que han impulsado la introducción de este delito en el Código penal, véase VICENTE MARTÍNEZ, R (de). *Derecho penal del deporte*. Barcelona: Bosch, 2010. p. 552-553 en donde la autora hace referencia a recientes escándalos que han suscitado el interés de los medios de comunicación conexos con presuntos amaños de partidos de futbol.

### *8.1 El bien jurídico protegido*

La práctica unanimidad de la doctrina que se ha pronunciado sobre el nuevo delito ha concluido que, mediante la incriminación de la corrupción en el deporte, el legislador se propone tutelar penalmente el interés colectivo de "la regularidad de las competiciones deportivas y la autenticidad de sus resultados".[118] Acto seguido, se ha cuestionado la utilización de un Derecho penal entendido como *ultima ratio* para la tutela de este interés o de otros parecidos, argumentándose que la misma está "por lo menos, fuera de lugar".[119] Esta ya es nuestra primera duda, si pese a la importancia del interés en la lealtad en las competiciones deportivas y pudiendo llagar a aceptar la importancia de los ataques a dicho interés recogidos en el art. 286bis párrafo 4, el contenido de ese interés constituye un bien jurídico. Indudablemente el deporte y su regulación no puede quedar al margen del Derecho del Estado, pero este aspecto concreto debe ser regulado por el Derecho penal. Sea suficiente dejar constancia aquí de nuestras dudas al respecto.[120]

---

118. Así BLANCO CORDERO, I. La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas. *Diario La Ley*, n. 7534, p. 11. Sección Tribuna. 23.12.2010. versión electrónica.

119. Asi, literalmente, CASTRO MORENO, A. Ponencia titulada El nuevo delito de corrupción privada (*Revista Aranzadi de deporte y entretenimiento* 28/17 en la mesa redonda *Prevención y sanción de la corrupción pública y privada*, en el marco de las XXII Jornadas de la Abogacía General del Estado sobre *El nuevo Código Penal*, Madrid, 17-18 de noviembre de 2010, publicada en la página web: [www2.minjusticia.es]. Véase, en este mismo sentido, VICENTE MARTINEZ, R. (de), op. cit., p. 557 donde se lee textualmente que "el deporte es una actividad privada donde no es posible hallar un bien jurídico más allá del patrimonio. No existe ningún bien jurídico de 'lealtad deportiva' ni de "pureza en la competición deportiva" que pueda ser merecedor de protección penal. No se puede defender que la pureza de la competición deportiva sea un bien jurídico que deba ser protegido a través del derecho penal. Para dicha defensa es suficiente la disciplina administrativa y, si ésta se muestra ineficaz, seguramente habrá que plantearse modificar dicha disciplina e introducir sanciones más eficaces, pero no plantearse el siempre fácil recurso del derecho penal". En sentido absolutamente contrario, por otra parte, SÁNCHEZ MELGAR, J. La corrupción en el sector privado. *Revista Jurídica Gallega* 63/16.

120. Sobre este punto, véanse TRAVERSI, A., op. cit., p. 37 en donde el autor hace referencia a la necesaria intervención del "Derecho Estatal" (en contraposición con el Derecho deportivo), incluyendo el derecho penal, para tutelar bienes jurídicos constitucionalmente garantizados indiscutiblemente conexos con la práctica del deporte (con referencia a la relevancia económica del deporte y a la salud).

Pero entendemos que la determinación del concreto objeto de protección no debería pasar por alto la colocación sistemática de esta figura delictiva. El art. 286bis se encuentra ubicado dentro del capítulo XI del título XIII del libro II del Código penal español. Sin duda, ello apunta a que se trata de uno de los "delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores" en el marco de los "delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico". En este mismo sentido, no sobra llamar la atención sobre la colocación de la corrupción en el deporte dentro un artículo dedicado a la sanción de conductas perturbadoras de la lealtad en la competencia, no en la competición, y por ende, del correcto funcionamiento del sistema económico fundado sobre la economía de mercado. Lo anterior, junto con la limitación de la relevancia penal a aquellas conductas que suponen una alteración del resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales,[121] confiere relevancia a nuestra duda: una interpretación teleológica de la norma que tenga en cuenta la topografía del Código en el cual se incorpora ¿no sugiere limitar el alcance del injusto a aquella distorsión del resultado de competiciones que *suponga una significativa alteración para el funcionamiento del mercado*?[122] Y, si así fuera, incluso a la luz de la dimensión económica cada vez más relevante que han venido asumiendo, en la actualidad, ciertas competiciones deportivas[123] ¿cabría seguir defendiendo que la intervención del Derecho penal en la prohibición de comportamientos de corrupción en el deporte es compatible con una idea de esta rama del ordenamiento como *ultima ratio* del Estado de Derecho?

Todas estas dudas se formulan independientemente de la consideración del contenido de la descripción llevada a cabos por el legislador de estas conductas y en especial sobre si en la misma queda adecuadamente reflejada esta matriz

121. Sobre este elemento, véase VICENTE MARTÍNEZ, R. (de), op. cit., p. 485 quien, entre otras cosas, afirma literalmente que "el deporte profesional es más negocio que deporte". Véanse también las consideraciones de CASTRO MORENO, A., op. cit., p. 17 y ss. El mismo autor, por otra parte, mantiene una postura distinta en CASTRO MORENO, A., op. cit. Por último y en este mismo sentido (de limitar la relevancia penal a supuestos con alguna trascendencia económica) SÁNCHEZ MELGAR, J. La corrupción..., cit., p. 15-16 quien, sin embargo, juzga negativamente dicha limitación del ámbito de lo penalmente relevante.

122. Véase, en sentido afirmativo MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 531.

123. Para la referencia a algunos casos de corrupción en el deporte, véase VICENTE MARTÍNEZ, R. (de), op. cit., p. 486 y ss.

socio-económica que entendemos común a todo ilícito tipificado en el marco del título XIII del libro II del Código penal y, en particular, de su capítulo XI.

Por otra parte, también entendemos que puedan existir razones que hagan necesaria la tipificación de conductas relacionadas con la práctica del deporte en un lugar distinto respecto del título XIII del libro II del Código penal e incluso fuera del propio Código penal.[124]

### *8.2 Los sujetos activos de la corrupción en el deporte. ¿Decisión político criminal o error de técnica legislativa?*

Como hemos expuesto otras ocasiones, el cohecho, tanto público como privado, puede describirse siguiendo un esquema que, de alguna manera, puede reconducirse al contrato de agencia. En este marco, si la corrupción es una "traición", el corrupto no podrá ser cualquier persona sino que, para poder "traicionar", deberá mantener previamente una "relación" particular con una persona o entidad. Toda "traición", en suma, implica una pre-existente relación. Pero, una vez aceptado este modelo explicativo de la corrupción, carece normalmente de importancia la identificación del corruptor. Si se mantiene que corrupción es "traición mediante compraventa",[125] *ça va sans dire* que, una vez tomada la decisión de proteger los intereses de los terceros interesados en que dicha compraventa no se produzca, la actuación del comprador se castigará siempre y con independencia de su relación con personas o entidades de cualquier tipo.[126] En otras palabras, en un comportamiento que implica a *él, ella* y *el otro, ella* tendrá que ser quien mantiene una relación con *él,* mientras que es totalmente indiferente quien sea *el otro.*

El legislador español, tradicionalmente, ha seguido este esquema. En el cohecho público, mientras que el corrupto ha de ser un funcionario público, el

---

124. En este sentido, véase TRAVERSI, A., op. cit., p. 37 en donde el autor defiende la creación de un Estatuto penal del deporte. Para una referencia al debate que se produjo en España de cara a la necesidad de la creación de tipos penales específicos en materia deportiva y a su ubicación dentro o fuera del Código penal, véase VICENTE MARTÍNEZ, R (de)., op. cit., p. 534 y ss.

125. O, según quien mantiene que se trata de un delito de peligro, "compraventa de la traición".

126. Precisamente para señalar la distinta posición de corrupto y corruptor, la doctrina suele hablar de *instraneus* respecto del primero (para subrayar su "relación") y de *extraneus* respecto del segundo (para subrayar que actúa al margen de la "relación" del corrupto).

*agente* de la Administración, el corruptor puede ser cualquier persona.[127] Lo mismo ocurre en el delito tipificado con arreglo a los párrafos 1 y 2 del art. 286bis: mientras que el cohecho pasivo tan sólo es relevante si tiene como sujeto activo a un "administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, de una sociedad, asociación, fundación u organización", el cohecho activo puede ser cometido por cualquier persona.

En cambio, las cosas no parecen tan claras, en lo que se refiera a la corrupción deportiva. Aquí el legislador no describe autónomamente los dos supuestos, de corrupción activa y pasiva, sino que se limita a decir que "lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces". Esta redacción no plantea dudas respecto a la corrupción pasiva: sujetos activos de cohecho deportivo serán los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, es decir, de una fundación, sociedad o asociación deportiva,[128] los deportistas, los técnicos, los árbitros y los jueces.[129] Pero, ¿que ocurre en la corrupción activa, quienes son sus potenciales sujetos activos?

La doctrina que se ha pronunciado sobre este particular ha entendido que la redacción del tipo obliga a entender también como delito especial esta otra vertiente del injusto, con lo que, la acción de sobornar tendría relevancia penal sólo si quien la lleva a cabo pertenece a la relación de sujetos expresamente mencionados en el párrafo 4 del art. 286bis.[130] Si se sigue esta interpretación, quedarían fuera del alcance del precepto todos aquellos supuestos en los que alguien, sin ser deportista, juez, árbitro o bien administrador, empleado o cola-

127. En este sentido es claramente infeliz la novedad aportada por la Ley Orgánica 5/2010 en materia de cohecho activo (art. 424 CP). La ley, inopinadamente, los posibles sujetos activos a los "particulares", excluyendo así a los funcionarios públicos (sobre este punto, se remite, una vez más, al texto dactilografiado de la tesis doctoral de CERINA, G. D. M. *La lucha contra...* cit., p. 1192 y ss.

128. Así CASTRO MORENO, A., op. cit., p. 21 quien añade que "no sólo tienen cabida las entidades que participan en la competición deportiva (clubes deportivos), sino también las que organizan la misma, tales como las Ligas Profesionales y aquellas otras en las que se integran las anteriores (Federaciones Deportivas Españolas)".

129. Sobre la delimitación de estas figuras y su alcance, véase CASTRO MORENO, A., op. cit., p. 22-23.

130. CASTRO MORENO, A., op. cit., p. 24-25. En el mismo sentido, En este sentido, véase QUERALT JIMÉNEZ, J. J., op. cit., p. 628.

borador de una entidad deportiva, mediante la concesión de una ventaja, busca predeterminar o alterar de manera fraudulenta el resultado de una competición, y piénsese a los casos en los que, quien corrompe es un rico aficionado o, alguien que ha apostado y, p.e. ofrece compartir su ganancia con el árbitro que acepte amañar la competición.

Con arreglo al art. 286bis, podrían sancionarse sólo supuestos de *fraude endógeno*,[131] en los que el sobornante proviene del mundo del deporte, mientras que, inexplicablemente, quedarían excluidos los de *fraude exógeno*,[132] en los que el sobornante es ajeno a la competición deportiva. Quienes han defendido esta opción interpretativa han argumentado que, "al tratarse de sujetos ajenos a las organizaciones deportivas y a los propios competidores, su conducta – reprochable en lo moral–, ni encierra la misma peligrosidad que cuando es realizada desde dentro del propio ámbito deportivo, ni infringe un deber específico de lealtad competitiva que no tiene quien es totalmente ajeno a la propia competición".[133] En este mismo sentido, se ha añadido que hay que tener en cuenta la letra de la ley que "remite a lo dispuesto en los números anteriores, en los que se incrimina el soborno realizado por determinados sujetos "incumpliendo sus obligaciones".[134]

La postura no nos parece correcta ni *de lege lata* ni *de lege ferenda*. Si examinamos la letra de la ley, cabe observar que los primeros dos párrafos del art. 286bis condicionan la relevancia penal del soborno entre particulares a que el mismo tenga como finalidad que el sobornado, no el sobornante, incumpla sus obligaciones. Cuando trasladamos este contenido a la corrupción deportiva nos proporciona una explicación al carácter especial del delito de cohecho pasivo en el deporte pero de ninguna manera la restricción del abanico de sujetos activos en el supuesto de cohecho activo[135].

Sobre esta base, parece que una cosa es discutir sobre la oportunidad político-criminal de sancionar en mayor o menor medida a algunos de los coautores

131. Sobre el punto, véase VICENTE MARTINEZ, R (de)., op. cit., p. 498.

132. Ídem, ibídem.

133. Así, CASTRO MORENO, A., op. cit., p. 25. En el mismo sentido QUERALT JIMÉNEZ, J. J., op. cit., p. 628.

134. Así CASTRO MOERNO, A., op. cit., p. 25.

135. Castro Moreno, por su parte, parece confundir estas dos distintas vertientes del delito: por un lado se pregunta "qué pasaría si quien sobornara..." (p. 24) y por otro, contesta a la pregunta con argumentos esgrimidos desde el punto de vista del sobornado y no del sobornante.

del delito en virtud de su relación con el mundo deporte y otra bien distinta es considerar como penalmente irrelevantes algunas conductas que parecen susceptibles de afectar de forma muy grave al supuesto bien jurídico protegido. En efecto, una vez admitido que no es sujeto activo del cohecho activo quien no pertenece al mundo del deporte, a la vista de la redacción actual del precepto, también se excluye la relevancia penal de la conducta de aquel deportista que recibe un soborno de parte de un sujeto no expresamente mencionado por el párrafo 4 del art. 286bis, por ejemplo, un aficionado que, después de haber realizado una apuesta, soborna al árbitro para que altere el resultado de la competición. Tomar la decisión de dejar impunes estos supuestos, en el contexto de los que se ha dotado de relevancia penal, parece cuanto menos político-criminalmente discutible.[136]

Pero, aunque se admita la relevancia penal sólo del cohecho pasivo en estos casos, es dudoso que la solución resulte aceptable. Con independencia del bien jurídico que se pretenda proteger, sea la lealtad competitiva, sea la lealtad competencial, sea el correcto funcionamiento del mercado, es a todas luces evidente que el hecho que el sobornante no pertenezca al círculo de sujetos mencionados por el art. 286bis en nada afecta a la relevancia del ataque que, con su conducta, se lleva a cabo contra el bien jurídico. Pero, incluso con esta propuesta de interpretación, se terminarían sancionando conductas que, en abstracto, son susceptibles de perturbar de forma menos intensa el interés protegido mientras que se dejarían impunes otras más dañinas para el mismo.

Por otra parte, las dudas parecen fundarse en la elección de una técnica legislativa francamente infeliz. El legislador español, en otras ocasiones tan propenso a efectuar descripciones a veces excesivamente minuciosas,[137] hace muestra aquí de una parsimonia en la utilización de las palabras que desemboca en una innecesaria síntesis que resulta poco apropiada para la tipificación de una conducta tan compleja como la que nos atañe. En lugar que describir en un precepto autónomo el delito de corrupción en el deporte en su vertiente activa dejando para otro párrafo la pasiva, prefiere limitar la aplicación de lo dispuesto en "este artículo", el 286bis, a los casos en los que los sujetos activos son "directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva". Ello obligará al intérprete que quiera proporcionar una exégesis del precepto coherente y político criminalmente aceptable a un esfuerzo innecesa-

136. Crítico también NIETO MARTIN, A. Protección... cit., p. 481.

137. Para permanecer en materia de corrupción, piénsese en la descripción del objeto material de la conducta en los arts. 419 y ss. CP.

rio, que en último término encontrará el límite del principio de legalidad y de la prohibición de analogía *in malam partem*.

En efecto, quien se pregunte si no es posible otra interpretación del precepto, deberá interrogarse sobre el alcance de los términos utilizados en el comienzo del párrafo IV del art. 286bis: "lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos". Si se tiene en cuenta que el párrafo primero del art. 286bis describe un tipo delictivo especial mientras que el párrafo segundo tipifica un delito común, quizás sea posible entender que la misma estructura sea extensible a la corrupción en el deporte, de la que los sujetos activos responden *en sus respectivos casos*, cuya vertiente activa debería poder ser realizada por cualquier persona. No obstante, hay que reconocer que, a la vista de la ambigüedad del precepto, aunque la interpretación restrictiva resulte político criminalmente criticable, quizás sea la preferible dadas las limitaciones que se derivan de la redacción empleada por el legislador.

### *8.3 Problemas concursales entre la corrupción deportiva, la corrupción privada y el cohecho*

La cuestión a analizar son las relaciones entre la corrupción deportiva y el cohecho propio antecedente (art. 419 CP). En concreto, cabe preguntarse qué acontece si el sujeto activo de la corrupción pasiva que comete el delito tipificado con arreglo al art. 286bis participa del ejercicio de funciones públicas y, por tanto, en virtud de lo dispuesto por el art. 423 CP, es también sujeto activo del cohecho pasivo.

En primer lugar, este problema afecta al párrafo cuarto del art. 286bis, y al supuesto tipificado con arreglo a los párrafos primero y segundo. Pues, no resulta difícil imaginar a una persona que, al administrar una sociedad mercantil, participe también del ejercicio de una función pública. Piénsese, para limitarnos a un caso evidente, en el administrador de una empresa pública, de capital social enteramente público y que proporciona servicios públicos esenciales operando en el marcado como sociedad mercantil.[138]

138. En este contrario, el Informe del Consejo General del Poder Judicial ya mencionado afirma que "pese a lo indicado en la Exposición de Motivos, también las empresas privadas que prestan servicios públicos estarán sometidas a este nuevo delito y no a la disciplina del cohecho. Esto resulta razonable, dado que la falta de condición funcionarial de los sujetos implicados y la imposible infracción del deber específico extrapenal que corresponde a aquéllos, justifica que a las empresas privadas se les

Así formulado el problema, la solución planteada por parte de la doctrina y que propone la aplicación del art. 8 numeral 1 del CP,[139] nos parece algo apresurada. Según algunos autores, si un supuesto de los descritos en el art. 286bis[140] encajara también dentro del ámbito de tipicidad de los arts. 419 y ss., el principio de especialidad permitiría considerar aplicable el sólo delito de cohecho público.[141] En este sentido, se defiende que la referencia a las "personas que participan del ejercicio de una función pública", art. 423 CP, es *especial* respecto de la más *general* mención de "administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización", art. 286bis, párrafos 1 y 2, o de "directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva" o "deportistas, árbitros o jueces", art. 286bis párrafo 4.

Pero esta conclusión no parece correcta. Una norma es especial respecto de otra y, por tanto, en virtud de lo dispuesto por el art. 8.1 del CP, debe aplicarse con preferencia, si reúne "todos los elementos de esta última más alguno o algunos específicos".[142] Por ello, cuando se dice que el delito A es especial respecto del delito B debido a la descripción típica de los sujetos activos, se pretende significar que: (a) no todo sujeto activo de B puede ser sujeto activo

---

dé tratamiento de particulares, igual que sucede, por ejemplo, con la apropiación de bienes en estas empresas privadas que prestan servicios públicos, cuyos responsables son sancionados pro la vía de los delitos patrimoniales ordinarios y no por medio del delito de malversación de caudales públicos, salvo casos excepcionales que están expresamente tipificados como malversación impropia". No es posible ahora entrar a discutir en profundidad la correcta interpretación del art. 24 del CP: remitiendo a la doctrina y a la jurisprudencia sobre el particular, baste decir que la afirmación del CGPJ de acuerdo con la cual el personal de las "empresas privadas que prestan servicios públicos" no podría calificarse de funcionario público a efectos penales no tiene fundamento teórico ninguno, ni *de lege lata*, ni *de lege ferenda*, ni es respaldada por la doctrina mayoritaria, ni se encuentra reflejada en la postura mantenida por la jurisprudencia mayoritaria ni, que es lo más importante, parece descender de una correcta lectura del art. 24 CP.

139. Así, CASTRO MORENO, A. La nueva..., cit., p. 24.

140. La doctrina, en realidad, se ocupado sólo del párrafo 4 del art. 286bis. Por otra parte, no vemos razones para predicar una solución distinta según se trate de los párrafos 1 y 2 de la norma o del cuarto.

141. Así, CASTRO MORENO, A. La nueva..., cit., p. 24.

142. Entre muchos, véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et alt. *Curso de derecho penal. Parte general*, 2 ed., Barcelona: Experiencia, 2010, p. 407.

de A; (b) todo sujeto activo de A puede ser sujeto activo de B[143] (c) que todos los demás elementos del tipo del injusto son idénticos. Si se dan estos presupuestos, en aplicación de la regla general, un sujeto que cometa tanto A como B, responderá por haber cometido A.

Ahora bien, en el caso que nos atañe, es evidente que falta el segundo de los requisitos señalados.[144] Siendo A el delito de cohecho y B el delito de corrupción entre particulares, o en el deporte, es correcto afirmar que no todo sujeto activo de cohecho entre particulares o en el deporte puede ser sujeto activo de cohecho pero no puede decirse que todo sujeto activo de cohecho puede ser sujeto activo de corrupción entre particulares o en el deporte.

Aparte de ello, si fuera cierto que el delito de cohecho añade un requisito *ulterior* en materia de sujetos activos respecto del cohecho entre particulares, sería automático afirmar que el sujeto activo de cohecho, sin este requisito *ulterior,* coincidiría con el sujeto activo del cohecho entre particulares. Y es evidente que ello no acontece: en ausencia del requisito pretendidamente *ulterior* , participar en el ejercicio de una función pública, sujeto activo de cohecho pasivo sería *cualquier persona.*

Por otra parte, es cierto que el art. 423 CP contempla un requisito no presente en el art. 286bis, el participar del ejercicio de una función pública, pero no lo es menos que también el art. 286bis, en materia de sujetos activos, contempla elementos ajenos al art. 423 CP, ser administrador, empleado, juez, árbitro... Por tanto, no se ve por qué razón y con qué criterio se argumenta la especialidad del cohecho respecto del cohecho entre particulares y no, viceversa, la especialidad del supuesto tipificado con arreglo al art. 286bis respecto del descrito en los arts. 419 y ss. Sobre esta última posibilidad, obsérvese que, si invertimos los términos de la cuestión, es decir, si nos preguntamos si el art. 286bis describe un supuesto *especial* respecto del que se tipifica con arreglo a los arts. 419 y ss., la respuesta seguirá siendo la misma. Será igualmente correcto afirmar que todo sujeto activo de cohecho puede ser, si se añaden ulterio-

---

143. De no darse esta condición, no existiría un problema de concurso. Obsérvese, de todas maneras, que sujeto activo de la norma especial debería ser el mismo de la norma general con una ulterior característica. Esto quiere decir que, de quitar esta característica, el sujeto correspondería con el de la norma general. En términos matemáticos, podríamos decir que si sujeto activo de la norma general es X, sujeto activo de la norma especial habrá de ser X+1. *A contrario,* por tanto, tendremos que X+1-1=X. En el caso que ahora nos interesa, es fácil constatar como eso no acontece.

144. Todo ello, sin entrar a valorar la existencia del presupuesto sub c) que tampoco parece del todo indiscutible.

res elementos, sujeto activo de corrupción entre particulares, pero en ningún caso podrá afirmarse que todo sujeto activo de corrupción entre particulares puede ser sujeto activo del delito de cohecho. De igual manera, podrá decirse que, si eliminásemos el elemento pretendidamente de especialización respecto a los sujetos activos de corrupción pasiva privada o en el deporte, es decir, ser administrador, empleado, juez, árbitro, el abanico de sujetos resultante no es el descrito por el art. 423 CP, sino, una vez más, cualquier persona.

Por todas estas razones, parece imposible mantener que un delito es especial respecto del otro ya que ninguno de los dos, tal como han sido tipificados por el legislador español de 2010, reúne todos los elementos del otro.

Descartado, por tanto, que el problema pueda resolverse en aplicación del principio de especialidad, en nuestra opinión, en el supuesto en el cual un sujeto realice una conducta susceptible de ser calificada a la vez como cohecho público o de corrupción entre particulares o en el deporte, las alternativas posibles parecen esencialmente dos:

1. Si se estima que ambos delitos protegen el mismo bien jurídico, normalmente se estimará que el cohecho absorbe el desvalor de la corrupción entre particulares y, en aplicación del art. 8.3, se considerará aplicable lo dispuesto por los arts. 419 y ss.

2. Si se estima que el bien jurídico protegido por el delito de corrupción entre particulares o en el deporte, es distinto tutelado por el delito de cohecho, la solución más satisfactoria será recurrir al concurso de delitos, siguiendo las reglas recogidas en el art. 77, CP.

Seguir una u otra alternativa, una vez más, dependerá de la postura que se mantenga frente a la configuración de la corrupción entre particulares o en el deporte, como delito de daño o de peligro. Porque, en nuestra opinión, el cohecho propio antecedente es delito pluriofensivo, a la vez de daño y de peligro: mediante su sanción se protegen: (a) el interés en la imparcialidad en el procedimiento de toma de decisiones del funcionario público (interés lesionado por el *pactum sceleris*) y (b) el bien jurídico puesto en peligro por la eventual realización del acto finalidad del soborno. Si se estima que, en la corrupción entre particulares o en el deporte, lo único que interesa es que no se realice el acto objeto del acuerdo, corrupción como delito de peligro, entonces la única posibilidad será la de postular un concurso de leyes, a resolverse conforme al art. 8.3, entre ambos delitos. Si, en cambio, se considera que quien comete un delito de corrupción entre particulares o en el deporte, con el simple hecho de sobornar (o de aceptar un soborno) lesiona el interés en que las relaciones comerciales o deportivas se desarrollen de acuerdo con la lealtad de la compe-

tencia o, si se prefiere, de lealtad deportiva, quizás no resulte tan aventurado postular la existencia de un concurso de delitos.

De todas maneras hay que subrayar que, en materia de corrupción, el legislador español, en algunos casos, parece haberse excedido en la regulación de supuestos fácilmente solventables a través de la aplicación de las reglas establecidas en la parte general del código en materia de concursos de delitos;[145] mientras que esotros, como el que ahora comentamos, quizás no hubiera sobrado que el propio legislador guiara de forma expresa al intérprete.

## 9. ALGUNAS CONCLUSIONES

La introducción en el ordenamiento español de los delitos de corrupción entre particulares y en el deporte ha sido recibida por la gran mayoría de la doctrina con juicios rotundamente negativos. En las páginas anteriores, hemos tratado de matizar dichas opiniones que, desde nuestro punto de vista, se deben en gran parte a la elección de opciones de técnica legislativa no siempre felices por parte del legislador español.

Pero, aunque mantengamos una postura sustancialmente crítica, es conveniente pronunciarnos en contra de algunas observaciones más o menos recurrentes en la doctrina y que consideramos muy discutibles o incluso rotundamente incorrectas.

### *9.1 La privatización como razón de la incriminación de la corrupción en el sector privado*

A la hora de establecer la razón de ser de la incriminación de la corrupción en el sector privado, parece escasamente pertinente toda observación que, de modo más o menos claro, vincule esta decisión de política legislativa a la denominada privatización de sectores o actividades de la Administración pública o incluso a la conocida como "huida del Derecho administrativo".[146] Con apoyo

---

145. La referencia va naturalmente al art. 419 del CP. Sobre este punto, véase BLANCO CORDERO, I., op. cit., p. 4.

146. Véase NIETO MARTÍN A. La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz el del derecho comparado). *Revista Penal* 10/62 e ss y también, D'AVIRRO A.; MAZZOTTA G., *I reati d'infedeltá nelle societá commerciali*, Milano: Giuffrè, 2004, p. 193 y ss. Sobre el fenómeno de la huída del derecho administrativo, véanse CLAVERO AREVALO, M. Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular en las Administraciones Autónomas. *Revista de Documentación Administrativa*

en la supuesta erosión que estos fenómenos producirían sobre el ámbito de aplicación de los controles penales de la actividad de la Administración pública, se argumenta la necesidad de la inclusión en el ordenamiento de figuras paralelas a las que tienen como sujeto activo un funcionario público y que permitan al Derecho penal seguir fiscalizando ámbitos de la actuación administrativa incluso al margen de su sujeción al propio Derecho administrativo.[147]

Ahora bien, dejemos a un lado la compleja discusión que concierne a la propia posibilidad de que la Administración decida autónomamente a qué sectores de su actividad debe aplicarse el Derecho administrativo.[148] Tampoco debemos insistir en que no parece ni mucho menos pacífico que la privatización o la huída del Derecho Administrativo incidan sobre el ámbito de aplicación del Estatuto penal de la Administración, ya que la definición penal de funcionario público, por lo menos en el ordenamiento español, parece totalmente autónoma y desvinculada respecto de la "forma", pública o privada, de la que se vista quien ejerce una determinada actividad.[149] Por último, también podemos prescindir aquí de entrar en un exhaustivo debate acerca de la razón de ser de la tradicional diferenciación entre lo "público" y lo "privado".[150]

---

58/13 e ss; SAZ (DEL) CORDERO, S. Desarrollo y crisis del derecho administrativo, su reserva constitucional. En: AA.VV. *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo: tres estudios*, Madrid: Cívitas, 1992, p. 99 y ss.; y también el reciente ensayo NEVADO-BATALLA MORENO, P.; BRAVO VESGA, A. C. El desarrollo de actividades empresariales por la administración: la instrumentalización de las formas del derecho privado. Breves notas sobre la "huida del derecho administrativo" y las sociedades públicas en el sistema colombiano y español. *Revista Iustitia*, actualmente en prensa.

147. Se ha dicho que "la privatización de las empresas públicas y de las actividades de erogación de servicios públicos" se inserta en un proceso que "producirá (y, en gran parte ya ha producido) una fuerte reducción del área tradicionalmente asignada al estatuto penal de la Administración Pública" Foffani (2003, p. 401). En este sentido, se recordará como inclusive la Convención de derecho penal del Consejo de Europa, hace mención de las privatizaciones a la hora de explicar la ratio de incriminación de la corrupción en el sector privado.

148. Véase SAZ (DEL) CORDERO, S., op. cit., passim.

149. Cfr. NIETO MARTÍN, A. La corrupción... cit., p. 63.

150. Sin poder aquí debatir a fondo el tema, que extralimita el objeto de estudio de este trabajo, pensaríamos que dar respuesta negativa a la pregunta conlleve la adhesión al modelo de sanción de la corrupción adoptado, por ejemplo, en Suecia en donde una misma norma sanciona a los casos de soborno tanto en el sector público como en el sector privado Nos referimos al capítulo 17 sección 17 y al capítulo 20 sección 2 del código penal. Cfr. sobre la legislación sueca LEIJONHUFVUD M., "Sweeden", en (ICC, iuscrim ed.) HEINE G.-HUBER B.-ROSE T. O. *Private commercial Bribery, a comparison of*

Admitamos por un momento que el legislador haya considerado acertada esta referencia a la privatización como motivo de reforma del Código Penal y preguntémonos cómo podría satisfacerse esta supuesta nueva necesidad de sanción producida por la huida del sector público. Desde nuestro punto de vista, existen al menos tres posibles respuestas:

1. Los sujetos interesados por el proceso de privatización de la Administración Pública[151] o parte de ellos, se colocan fuera del ámbito de aplicación del estatuto penal de la administración pública y son merecedores de sanción al igual que los demás sujetos que ni participan ni han participado del ejercicio de una función pública. Si esto es así, la huida del derecho administrativo no tiene nada que ver con la tipificación de la corrupción entre particulares.

2. Los sujetos interesados por el proceso de privatización de la Administración Pública o parte de ellos, debido a que siguen desarrollando actividades de interés público o con capital público, o por cualquier otra razón que se alegue, deben de ser equiparados a los sujetos económicos sometidos al Estatuto Penal de la Administración Pública. En este caso, más que introducir un precepto de corrupción en el sector privado, debería replantearse la definición del ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto penal de la Administración Pública. De no procederse así, no se entendería por qué las entidades que no desarrollan ninguna actividad de interés público ni mantienen ni han mantenido ninguna relación con la Administración Pública deberían ser sancionadas penalmente al igual que las que sí desarrollan actividades en sentido amplio de interés público.

---

*National and Supranational Legal Structures*. Freiburg/Paris: internacional Chamber of Commerce, 2003. p. 401 y ss. Dicha solución normativa, sin embargo, parece no ajustarse al modelo cultural en el que nos situamos que, aún con límites inciertos, tiende a diferenciar lo que es público de lo que es privado.

151. La expresión que utilizamos es impropia. Nos referimos aquí indistintamente a todos aquellos diversos fenómenos que, de alguna forma, han sido o pueden calificarse de privatización. Para utilizar la terminología de NIETO MARTÍN, A. La corrupción..., cit., p. 62 y ss ello incluye: la *privatización material* ("caso en que una función o servicio que hasta el momento era desempeñada de forma exlusiva por el Estado se decide traspasar el sector privado"); la *privatización de la gestión o privatización funcional* ("la administración, buscando una mayor eficacia en la realización de algunas de sus tareas, transfiere su ejecución a un sujeto de derecho privado"); la *huida del derecho administrativo en sentido estricto* ("la administración, buscando una mayor eficacia o simplemente eludir las garantías y trámites del derecho administrativo, desarrolla sus competencias bajo el derecho privado). Para designar todos estos casos utilizamos impropiamente s la expresión "los sujetos interesados por el proceso de privatización de la Administración Pública".

1. Desde el punto de vista de su Estatuto penal, los sujetos interesados por el proceso de privatización de la Administración Pública se colocan en un escalón intermedio entre las entidades de derecho público y las entidades de derecho privado. Así, puesto que desarrollan una actividad de interés público o con capital público parecen más merecedores de sanción que una entidad que no desempeña un servicio público ni mantiene ni ha mantenido relaciones con la Administración Pública, pero, siendo sujetos de derecho privado, tampoco pueden considerarse sujetos al estatuto penal de la Administración Pública. Este argumento, que no parece tener sostenedores en la doctrina que se ha ocupado de la corrupción privada, tendría como consecuencia la tipificación de un delito de corrupción semi-publica cuyo ámbito de aplicación subjetivo debería limitarse a estos sujetos sin involucrar a todas las demás entidades privadas.

Parece por tanto claro que, cualquiera que sea el camino escogido, la incorporación al Código penal del delito descrito en el art. 286bis no parece guardar relación con las problemáticas conexas con la privatización o con la huída del Derecho administrativo.

### *9.2 Sobre la protección de la competencia*

La evolución del modelo de Estado con la incorporación del las exigencias del Estado social ha traído consigo en las últimas décadas una serie de reformas en el ordenamientos punitivos con la incorporación de los denominados bienes jurídicos colectivos y la reapertura de todo un debate sobre la teoría del bien jurídico.

Este punto de partida está acompañado a veces de un proceso de administrativización del Derecho penal, con la técnica de los delitos de peligro abstracto y con una importante manifestación en los delitos de carácter socio económico. En suma esta situación conlleva un posible quebranto de exigencias derivadas del Estado de Derecho.[152]

Sobre estos presupuestos, un delito de corrupción en el sector privado construido alrededor de un bien jurídico supraindividual y configurado como tipo de peligro abstracto no superaría las críticas de incompatibilidad con los principios generales del moderno derecho penal.

152. Cf. las numerosas referencias bibliográficas contenidas en MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ C. Algunas reflexiones... cit., passim. En particular, por lo que respecta a la doctrina española, cf. SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho penal*, 2. ed., Madrid: Civitas, 2001.

De estas observaciones no debe extraerse la conclusión de que lo colectivo, los bienes jurídicos de esta naturaleza no puedan ser objeto de protección del Derecho pena. La doctrina mayoritaria, desde distintas posiciones respecto al bien jurídico, admite de forma correcta que la competencia en este aspecto de la lealtad de su ejercicio puede considerarse como un bien jurídico susceptible de protección penal.[153]

Otro grupo de autores, ha puesto de manifiesto que, en una sociedad tan compleja como la actual, en las relaciones de mercado, han surgido nuevas formas de ataques a bienes jurídicos individuales y que las nuevas relaciones de distribución del mercado actual se caracterizan por la sustitución de contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada.[154] En este sentido, se observa que, en el Código penal español, ya están presentes tipos penales que pueden referirse a la lealtad en la competencia.[155] A falta de una sección específica, dichos ilícitos están incluidos entre los "delitos relativos al mercado y a los consumidores". Esta ubicación no parece casual, sino que constituye un argumento para afirmar que la actuación que resulta desleal desde un punto de vista competencial "afecta indirecta pero ineluctablemente a los genuinos intereses socioeconómicos de los consumidores e incluso al interés estatal en el mantenimiento de un orden concurrencial saneado".[156]

Una vez admitida la legitimidad de la intervención del derecho penal a protección de la lealtad en la competencia, incluso si se lleva a cabo a través de la tutela de los patrimonios de los competidores cuya perturbación supone un menoscabo para los intereses socioeconómicos de los consumidores y del interés estatal en correcto funcionamiento de la economía de mercado.[157] pier-

153. Entre otros, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; BLANCO CORDERO, I. La criminalización... cit., p. 286; GILI, Pascual Antoni, op. cit., p. 9; MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Madrid: Montecorvo, 1993, p. 357 y ss.

154. MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ C., Algunas reflexiones... cit., p. 414-416. En este mismo sentido GILLI, Pascual A., op. cit., p. 9 y ss.

155. Se trata de los delitos relativos a violaciones de secretos industriales o empresariales (arts. 278, 279 y 280). MARTÍNEZ BIJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch 2005. p. 209 y ss.

156. Ídem, p. 211.

157. Sobre la posibilidad de que se empleen al respecto incluso delitos de peligro abstracto, se remite, en general y entre otros, a SCHUNEMANN, B., Consideraciones críticas sobre la

den de eficacia todas aquellas posturas doctrinales que tachan de moralista la intervención del legislador en la protección de esos intereses.[158] Frente a quien abandera su postura crítica en los límites al *ius puniendi* entendido como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, cabe oponer las afirmaciones de un ilustre jurista que, hace ya casi treinta años, recordaba que "en el estado social y democrático de derecho, el *ius puniendi* se puede expresar también positivamente, en cuanto importan la incriminación de nuevas formas de criminalidad que por su dañosidad social son merecedoras de pena para el cumplimiento de los objetivos constitucionales. De esta forma, el proceso democratizador del derecho penal no sólo importa la desincriminación de ciertas conductas o la rebaja de pena, sino también la incriminación de otras o un mayor rigor en la respuesta penal".[159]

Todas estas afirmaciones, naturalmente, sin perjuicio de todo tipo de crítica de cara a la concreta formulación del art. 286bis y en particular de las referencia del precepto a la protección de intereses individuales del empleador-principal. Como hemos puesto de manifiesto en las páginas anteriores, pretender conjugar en una misma norma la protección del interés patrimonial del empresario con la tutela de la competencia leal entraña en realidad una alquimia dialéctica que oculta la voluntad de anclar la intervención penal a la protección del patrimonio del principal. En el mismo momento en el que se deja en manos del empleador-principal la posibilidad de legitimar la actuación contraria a la competencia leal, se subordina la tutela del interés colectivo a su compatibilidad con un interés individual muy a menudo contrario al primero.

### *9.3 Observaciones sobre alguna de las objeciones a la falta de necesidad de la utilización del Derecho penal frente a la corrupción entre particulares*

El que la corrupción entre particulares, como acto que lesiona la lealtad de la competencia, se encuentre regulada por normas civiles, laborales y

---

situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Trad. Manuel Cacio Meliá. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*. Bogotá: Externato de Colombia,1993. p. 187 y ss.

158. Véanse, sobre este punto, las consideraciones de VENTURA PÜSCHEL, A., Corrupción... cit., p. 322; Considera que la introducción de la sanción de la corrupción entre particulares se apoya en exigencias de *moralizar* el mundo de los negocios también SÁNCHEZ MELGAR, J., op. cit., p. 18 el cual, sin embargo, parece juzgar positivamente la tipificación así motivada.

159. HORAZABAL MALARÉE, H., op. cit., p. 11.

administrativas,[160] de por sí, no constituye un obstáculo para la intervención del Derecho penal.[161] Máxime si, como acontece en el caso español, las normas extrapenales han tenido una aplicación más bien escasa a casos, de alguna manera, asimilables a la corrupción entre particulares.[162]

Por otra parte, esta observación puede llevar a dos tipos de conclusiones de carácter opuesto. Para algunos autores, la escasa relevancia práctica de supuestos de corrupción privada se debe a que el fenómeno es ampliamente tolerado socialmente, lo que haría parecer "contrario al principio de *ultima ratio* incriminar esta conducta cuando aún no se ha tenido ocasión de comprobar, por este motivo, cuales son los efectos preventivos de las sanciones administrativas y civiles".[163]

Sin embargo, esta conclusión no nos parece ni la única posible ni la más razonable. En ausencia de datos empíricos sobre la percepción del fenómeno de la corrupción privada, consideramos posible reconducir esta ineficacia, en el caso de derecho civil, a la naturaleza "disponible" de la acción. Como ya apuntábamos, las empresas prefieren solucionar los casos de empleados "corruptos"

---

160. Entre otros, reacuérdese: el Estatuto de Trabajadores (art. 54 d Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo) que prevé el despido disciplinario del trabajador que actúa de forma contraria a la buena fe contractual (con base en lo dispuesto por el art. 1902 c.c. el empleador perjudicado podría pedir una indemnización). Según se observa en doctrina, es evidente la relevancia del supuesto en el cual el incumplimiento de las obligaciones contractuales del trabajador es consecuente al pago de un soborno, siempre y cuando implique en un perjuicio patrimonial para el empleador (significativa la STJ de Andalucía 2606/2007 de 11 de septiembre, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Joaquín Pérez Beneyto Abad; véase también la más restrictiva STSJ de Cataluña 5670/2009 de 15 de julio, Ponente: Illma. Sra. Ascensión Sole Puig). La ya citada ley de Competencia Desleal (art. 4) que considera desleal todo comportamiento contrario a las exigencias de buena fe. En este marco es desleal la "inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir deberes contractuales básico que han contraído con los competidores" (art. 14). La ley de defensa de la competencia, cuyo art. 2 letra *e* prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional entendiéndose por abuso, entre otras cosas, "la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos".

161. En sentido expresamente contrario, véase VENTURA PÜSCHEL, A. Corrupción... cit., p. 322.

162. A este respecto, si bien no existen datos ciertos, en el pasado, la doctrina ha destacado la ineficacia de este tipo de normativa: no obstante, se dice, casos de soborno entre particulares subsumibles en los preceptos mencionados no sean infrecuentes en la realidad, rara vez llegan a conocimiento de los tribunales, siendo todavía más raras las hipótesis de condenas por parte de estos últimos (NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en el sector privado*...cit., p. 59 y ss.).

163. Ídem, p. 60.

al margen del impacto mediático que supone la intervención del derecho público. Por otra parte, la toma de iniciativa, por parte de los consumidores y/o de los competidores, choca con una crónica asimetría informativa que precisamente legitima la intervención del derecho público en los casos más graves.

Por lo que respecta a las sanciones administrativas, es de subrayar como no existe en la legislación española una toma de posición clara frente a los actos de corrupción privada que tan sólo se sancionan en cuanto supongan abuso de posición dominante, art. 2 LDC en su nueva formulación, o bien constituyan actos de competencia desleal que afectan al interés público. Esta omisión, por sí sola, no es argumento suficiente para descartar la intervención penal.[164]

En este mismo sentido, tampoco parece de recibo la afirmación según la cual la tipificación de un delito de corrupción en el sector privado[165] o en el deporte[166] sería pleonástica, dado que ya existirían, en el ordenamiento jurídico español, preceptos penales idóneos para incluir los supuestos hoy subsumibles en el art. 286bis. En sentido contrario, señalamos que, en ausencia de un delito *ad hoc,* la jurisprudencia penal se ha enfrentado a casos de corrupción privada y, cuando lo ha hecho, ha puesto de manifiesto los límites que conlleva el intento de subsumir algunos episodios de cohecho entre particulares, sobre todo en su vertiente pasiva, en tipos "tradicionales" como la estafa,[167] la apropiaci-

164. A propósito de la posibilidad de que el Derecho penal prohíba conductas lesivas de la competencia leal sin esperar a la legislación administrativa o civil, véase, una vez más, HORMAZABAL MALARÉE, H., op.cit., p. 13.

165. Véase, en este sentido, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., op. cit., p. 625.

166. En este sentido, VICENTE MARTÍNEZ, R (de)., op. cit., p. 559.

167. Los ejemplos podrían ser múltiples. Nos limitamos, sin embargo a referirnos a la STS de 14.09.2001, RJ 9012/2001, Ponente Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater en materia de estafa. Se trata, en síntesis, el gerente de una cooperativa convencía a la presidenta de la misma a pagar cierto dinero a una sociedad de intermediación para la venta de un solar a la cooperativa. El dinero, en realidad venía entregado por el gerente al director de un Banco como contraprestación para que éste se facilitara la concesión de un crédito a la cooperativa en la adquisición del propio solar. Frente a la condena por estafa de la Audiencia de instancia el Tribunal Supremo estima el recurso de los acusados con esta motivación: "(...) el supuesto engaño del recurrente al hacer efectivo el cheque ocultando su identidad (...) evidentemente no tiene relevancia típica, pues no sirvió para obtener el cheque ni para perjudicar al banco, permite suponer que el núcleo real del asunto era una comisión tangencial, es decir una forma de soborno entre particulares que nuestro legislador debería introducir como hecho punible en el Código Penal, pero que el principio de legalidad impide en la actualidad sancionar por la vía del art. 248 CP". De igual importancia el segundo motivo que lleva el Tribunal a la absolución: el pago de un soborno, generalmente, tiene como objeto una contraprestación mayor del mismo; ello impide apreciar la *diminutio patrimonii* necesaria para la configuración de un delito contra el patrimonio.

ón indebida[168] o el prácticamente inaplicado delito de administración desleal[169]

168. Cf., por ejemplo, la STS de 28.10.1997, (RJ 1997/7843, Ponente Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz). La configuración de la apropiación indebida, según apunta la jurisprudencia española, requiere: (a) recepción por un sujeto activo de dinero, efectos, valores u otra cosa mueble o activo patrimonial, recepción que se produce de forma legítima, (b) que ese objeto haya sido recibido, no en propiedad, sino en virtud de un título jurídico que obliga a quien lo recibe a devolverlo o a entregarlo a otra persona, (c) que el sujeto posteriormente realice una conducta de apropiación con ánimo de lucro o distracción dando a la cosa un destino distinto; y (d) esta conducta produce un perjuicio patrimonial a una persona . cf. SsTS de 17.07.2006, n. 7967, Ponente Excmo Sr. Julián Sánchez Melgar;; de 08.02.2003, n. 2287, Ponente Excmo Sr. Joaquín Martín Canivell, de 11.07.2005, n. 5418, Ponente Excmo Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. Aparte de ello, según nota la STS de 17 de julio de 2006 (RJ 2006/7967, Ponente Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar) "la apropiación en sentido estricto, supone la incorporación de la cosa al patrimonio del autor; y la distracción, que se produce cuando el autor que ha recibido una cosa fungible dispone de ella más allá de lo que le autoriza el título de recepción, dándole un destino distinto al previsto en aquél, con vocación definitiva. Por lo tanto, cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: (a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; (b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; (c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada".

169. Cf. STS Sentencia de 11.09.2007 (RJ 2007\5374, Ponente Excmo Sr. Luis Román Puerta Luis) en la que se lee que "es preciso decir que, pese a que el Código Penal vigente ha incorporado a su elenco de delitos la figura de la disposición fraudulenta o de administración desleal (v. T. XIII, Cap. XIII: *De los delitos societarios*; art. 295), la jurisprudencia ha entendido que con ello se ha producido un concurso de normas entre dicho artículo y el art. 252 del propio Código, por cuanto lo que en el primero se castiga no es sino una apropiación indebida, con la particularidad de que la realiza el administrador o socio y el perjuicio recae sobre las personas o entidades que poseen intereses en la sociedad, y como quiera que el art. 252 no establece una tipificación especial del sujeto activo, ni distingue perjudicados, estos hechos pueden encajar también en este último precepto. Se trata, por tanto, de dos modalidades tipológicas distintas de un mismo delito que, por lo dicho, más de una vez resultarán aplicables simultáneamente, produciéndose así un concurso de normas a resolver por la vía del art. 8.4.° del Código Penal (precepto que imponga mayor pena), según ha dejado sentado la jurisprudencia (v. STS de 31.01.2002 (RJ 2002/1548, Ponente Excmo Sr. José Ramón Soriano Soriano). En sentido parcialmente contrario cfr. la STS de 17.07.2006 (RJ 2006/7967, Ponente Excmo Sr. Julián Sánchez Melgar) que, citando la STS 915/2005, de 11 de julio, observa

cuyo objeto de tutela es esencialmente el patrimonio del principal empleador.[170]

---

que "cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el art. 295 del Código Penal vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del art. 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del art. 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador. La jurisprudencia ha venido a señalar ante las dificultades surgidas a partir de la Ley orgánica 10/1995, por la ampliación del tipo de la apropiación indebida –actual art. 252– y la instauración del tipo de delito societario que describe el art. 295, que los tipos suponen dos círculos secantes; de tal manera que una zona común encierra una cuestión de concurso aparente de normas, que habrá de ser resuelta conforme a las reglas contenidas en el art. 8 CP (véanse SsTS de 26.11.2003 (RJ 2002/10513, Ponente Excmo Sr. Juan Saavedra Ruiz; de 07.11.2002 (RJ 2002/10072, Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Maza Martín); de 25.10.2004 (*RJ* 2004/6853, Ponente Excmo. Sr. Siro Francisco García Pérez).

170. En doctrina se ha propuesto un concepto amplio basado en la así llamada "teoría personal del patrimonio" con apoyo en el cual perjuicio patrimonial no sería la mera *diminutio patrimonii* sino que el simple riesgo de que ella se produzca integra de por si aquel daño requerido por el tipo de estafa o apropiación indebida En este sentido NIETO MARTÍN A. *La corrupción en el sector privado, (experiencias...* cit., p. 66 y sgts. Es óbice a la extensión de estas conclusiones al delito de administración desleal la letra de la norma que exige un perjuicio patrimonial directo y económicamente evaluable (así MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Delitos...* cit., p. 461-462). Por lo que respecta la jurisprudencia señalamos, una vez más, la STS de 17.07.2006 (*RJ* 2006/7967, Ponente Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar que así explica: "Han sido muchas las teorías que han tratado de explicar el concepto de tal elemento típico. Desde luego, que no es posible una simple identificación de perjuicio, como un parámetro exclusivamente contable, bajo el prisma de saldo contable negativo, pues en tal caso, perjuicio típico podría ser parificable con un gasto que disminuya el activo social contable, o bien con una disminución patrimonial originada por una operación inmersa en una dificultosa coyuntura económica. El criterio más seguro para determinar cuándo

Por último, está muy difundida en la doctrina la opinión de acuerdo con la cual, si la intención del legislador era brindar protección penal a la competencia a través de garantizar la lealtad de su ejercicio, antes de tipificar la corrupción en el sector privado, hubiera tenido que incorporar al ámbito de lo penalmente relevante conductas que suponen una afectación más grave para dicho interés.[171] Por nuestra parte, observamos que, aunque se comparta la an-

---

nos encontramos con su presencia como elemento típico, es la sustracción de todo criterio contable para su enunciación, poniendo el acento en el origen de su causación, en vez de la simple constatación de su mera existencia contable. Sólo así podrá interpretarse adecuadamente el concepto de perjuicio (económico), como elemento típico de los delitos de estructura patrimonial. Será, pues, un quebranto patrimonial caracterizado por la ilicitud de su causación. Tal caracterización nos lleva a considerar la conexión con otros elementos del delito, como el abuso de funciones en la administración social, que requiere también el carácter fraudulento de la operación, o la contracción de obligaciones de tal orden, en el delito societario previsto en el art. 295 del Código Penal, o también la misma deslealtad de la administración, en la distracción del dinero o activo patrimonial, en el supuesto típico previsto en el art. 252 del propio Código. En suma, la finalidad última de la causación de un quebranto patrimonial, no puede separarse de este resultado típico. Es imposible interpretar el perjuicio que requiere el legislador sin poner su acento tanto en su origen como en su finalidad. Dicho de otra manera, cualquier disminución patrimonial originaría un perjuicio típico, y esto no puede sostenerse. De ahí, las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptuación económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada. En términos de la STS de 23.04.1991 (RJ 1992/6783, Ponente Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater, "el juicio sobre el daño debe hacer referencia también a los componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera, el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo individual". En el mismo sentido, la STS de 04.03.1996 (RJ 1996/1897, Ponente Excmo. Sr. Luis Román Puerta Luis) refiere que el perjuicio patrimonial debe atender a la finalidad económica perseguida". La jurisprudencia ha analizado casos de inexistencia de perjuicio típico en SsTS de 11.07. 2005 (RJ 2005/5418, Ponente Excmo. Sr. miguel colmenero Menéndez de Luarca, de 10.03.2005 (RJ 2005/2688, Ponente Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar, y de 14.04.2003 (RJ 2003/4659, Ponente Excmo. Sr. José Manuel Maza Martín).

171. SILVA SÁNCHEZ, J. M., Los delitos patrimoniales... cit., p. 7.

terior opinión, todavía no se ha dicho nada respecto de la suficiente gravedad de la afectación al bien jurídico de la corrupción en el sector privado. En otras palabras, incluso aunque se compartiera esta crítica, todo lo más, podrá decirse que el legislador no ha actuado de acuerdo con las exigencias del principio de proporcionalidad porque ha tipificado conductas menos graves y ha dejado impunes supuestos más graves y de ser así, francamente, no parecería tratarse de un caso aislado en el Código penal.[172] En síntesis, afirmar que el cohecho entre particulares no supone un ataque lo suficientemente grave para el bien jurídico protegido como para suscitar que el legislador recurra al Derecho penal es algo, que ni se deduce ni es consecuencia de la anterior afirmación.

### *9.4 Reflexión final*

Finalmente hay que señalar que, aunque desde el punto de vista de su tipificación penal, la corrupción pública y la corrupción privada compartan numerosos problemas, frente a alguna aislada y normalmente desoída petición de despenalizar el delito de cohecho público,[173] la doctrina mayoritaria ha expresado juicios particularmente tajantes de cara a la ilegitimidad o, por lo menos, inoportunidad, de la intervención del legislador penal en materia de cohecho privado.

Frente a estas objeciones, no podemos olvidar como, frente la amplitud de estudios multidisciplinares realizados en los últimos cuarenta años en materia de corrupción del funcionario público, en España, los ensayos relacionados con la corrupción entre particulares superan de poco la decena. En este mismo sentido, exceptuando algún aislado análisis acerca de los efectos económicos del fenómeno corrupción privada, no nos constan datos empíricos que comprueben su difusión ni tampoco[174] tenemos noticias de ninguna campaña

172. Véase, por ejemplo, HORMAZABAL-MALARÉE, H., op. cit., p. 13.

173. Sobre este punto, remitimos a los ensayos de VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada: Comares, 2003 y a MASSI, S. *Qui in corruptione versatur etiam pro licito tenetur. "Offesa" e "infedeltà" nella struttura della corruzione propria"*. Torino: Giappichelli, 2004. Ambos estos autores, a la vista de los problemas relacionados con la lesión del bien jurídico protegido en el delito de cohecho, abogan sustancialmente por su despenalización.

174. Aunque en doctrina no han faltado voces que han advertido que "la inclusión de la corrupción entre particulares como conducta punible en el sistema jurídico español (art. 286 bis CP) va a conllevar, seguramente, una modificación de prácticas muy asentadas en buena parte de nuestro tejido empresarial" (así SILVA SÁNCHEZ, J. M., Los delitos... cit., p. 7).

de concienciación tanto de los agentes que operan en el mercado como de la ciudadanía en general acerca de los efectos perjudiciales que entraña o podría llegar a entrañar, la difusión de prácticas de corruptas entre particulares.

Este punto de partida hace que hubiera sido deseable que la profundización en el estudio del fenómeno de la corrupción privada precediera y no siguiera a su inserción dentro del Código penal. Sin embargo, es un hecho, que ni siquiera la propia doctrina penal, antes de la aparición del art. 286bis, había manifestado gran interés hacia la corrupción entre particulares y que, con carácter general, incluso los estudios monográficos dedicados enteramente al delito de cohecho en idioma español.

Ante esta situación no nos queda sino cerrar estas "consideraciones" en la esperanza de que los primeros pronunciamientos de la jurisprudencia estimulen una ulterior reflexión de la doctrina no sólo penal, que ponga de relieve como la corrupción, tanto pública como privada, constituye un fenómeno social complejo que requiere una aproximación interdisciplinaria. En este mismo sentido, esperamos que las organizaciones internacionales que tanto han contribuido con sus análisis empíricos a la lucha contra la corrupción pública,[175] hagan lo propio en materia de corrupción entre particulares, proporcionando así indicaciones preciosas tanto a la doctrina como a los legisladores respecto de la gravedad que hoy en día supone el fenómeno de cara al funcionamiento de la economía de mercado.

A la espera de todo ello, y a la luz de todo lo dicho hasta ahora, en una óptica político criminal, parece conveniente abstenerse de formular consideraciones particularmente tajantes, tanto en favor, como en contra de la tipificación de un delito de corrupción entre particulares. Por otra parte, respecto a la reciente incorporación de estas conductas al Código penal, abre una importante lista de interrogantes dogmáticas y político criminales.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, M. *El derecho de la libre competencia*. Lima: Ed. San Marcos, 1997.

BAÑERES SANTOS F; NIETO MARTÍN A. Corrupción entre privados. En: ARROYO ZAPATERO L.;NIETO MARTÍN A.; CRESPO BAQUERO P. (coords.). *La armonización del derecho penal español: una evolución legislativa*. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento al n. 2015 de 15.06.2006.

175. La referencia, naturalmente, va, en primer lugar a Transparencia internacional.

BENITO SÁNCHEZ, C. D.; CERINA, G. D. M. Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma. En: DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R.; MATELLANES RODRÍGUEZ, N. P.; FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coords.). *De los delitos y de las penas hoy: la nueva reforma del Código Penal*. Salamanca: Ratio Legis, 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de derecho mercantil*. 8. ed. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2007.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al. *Curso de derecho penal: parte general*. 2. ed. Barcelona: Experiencia, 2010.

_____. La tutela de la competencia en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal. En: BARBERO SANTOS, M. (coord.). *Los delitos socio-económicos*. Madrid: Facultad de Derecho Complutense, 1985.

_____; CERINA, G. D. M. Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y Derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 89. p. 159-214. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2011.

BLANCO CORDERO, I. La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas. *Diario La Ley*. n. 7534. p. 11. Sección Tribuna. 23.12.2010 (versión electrónica).

CASTRO MORENO, A. El nuevo delito de corrupción en el deporte. *Revista Aranzadi de deporte y entretenimiento*. n. 28. p. 17. Pamplona: Aranzadi, 2010.

CERINA, G. D. M.; BRAVO VESGA, A. C. La corrupción en el sector privado: apuntes de derecho comparado y supranacional. En: ROMERO GUZMÁN, J. J. (coord. y editor); RODRÍGUEZ GARCÍA, N. Y OLIVARES J. M. (editores asociados). *Buen gobierno y corrupción. Algunas perspectivas*. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008.

CERINA, G. D. M. Corrupción y cohecho. El derecho penal español de iure condito y de iure condendo. En: FABIÁN CAPARRÓS, E. A.; PÉREZ CEPEDA, A. I. *Estudios sobre corrupción*. Salamanca: Ratio Legis, 2010.

_____. *La lucha contra la corrupción en el siglo XXI: el papel del derecho penal*. Tesis doctoral inédita, Salamanca, 2010.

CLAVERO AREVALO, M. Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular en las Administraciones Autónomas. *Revista de Documentación Administrativa*. n. 58. p.13. Madrid: Inap, 1962.

CUGAT MAURI, M. Voz "corrupción privada". En: BOIX REIG, J. (dir.); LLORIA GARCÍA, P. (coord.). *Diccionario de derecho penal económico*. Madrid: Iustel, 2008.

D'AVIRRO A.; MAZZOTTA G. *I reati d'infedeltá nelle societá commerciali*. Giuffrè: Milano, 2004.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L; BLANCO CORDERO. I. La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español? En: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (coord.). *La ciencia del derecho penal ante*

*el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (orgs.). *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por la LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero)*. Madrid: Civitas, 2011.

GALÁN CORONA, E. Las conductas de menor importancia en la vigente ley de defensa de la competencia. En: GÓMEZ SEGADE, J. A.; GARCÍA VIDAL, A. (eds.). *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

GILI, Pascual Antoni. Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. *Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 9. p. 25-35. 2007.

HEINE; HUBER, Barbara; GÜTHER, ROSE T. O. *Private commercial bribery, a comparison of national and supranational legal structures*. Freiburg/Paris: Internacional Chamber of Commerce, 2003.

HORMAZABAL MALARÉE, H. Consideraciones en torno de la incriminación de conductas lesivas a la competencia. *Revista Técnica Laboral*. vol. 15. p. 3. Madrid: Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales, 1983.

IANNIELLO, T. Frode sportiva e rapporti con il delitto di truffa previsto dal codice penale. GUARDAMAGNA, A. (a cura di). *Diritto dello sport. Profili penali*. Torino: Utet, 2009.

LAMBERTI, A. *La frode sportiva*. Napoli: Jovene, 1990.

LEIÑENA MENDIZABAL, E.; IRACULIS ARREGUI, N. La reforma del derecho español en materia de competencia desleal, protección de los consumidores y comercio minorista por la Ley 29/2009. *Aranzadi Civil num. 6/2010 parte Estudio*. Pamplona: Aranzadi, 2010 (versión electrónica).

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico). En: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

MASSAGUER, J. *Comentario a la ley de competencia desleal*. Madrid: Civitas, 1999.

MASSI, S. *Qui in corruptione versatur etiam pro licito tenetur. "Offesa" e "infedeltà" nella struttura della corruzione propria*. Torino: Giappichelli, 2004.

MENOZA BUERGO, B. El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286bis del CP). En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Estudios*

*sobre las reformas del Código penal (operadas por la LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero)*. Madrid: Civitas, 2011.

MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*. Madrid: Montecorvo, 1993.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NEVADO-BATALLA MORENO, P.; BRAVO VESGA, A. C. El Desarrollo de Actividades empresariales por la Administración: la instrumentalización de las formas del derecho privado. Breves notas sobre la "huida del derecho administrativo" y las sociedades públicas en el sistema colombiano y español. *Revista Iustitia*, actualmente en prensa.

NIETO MARTÍN, A. Aspectos de la protección penal y sancionadora de la libre competencia. En: ARROYO ZAPATERO, L.; TIEDEMANN, K. *Estudios de derecho penal económico*. Albacete: Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.

_____. La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz el del derecho comparado). *Revista Penal*. n. 10. p. 55. 2002.

_____. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Iustel, 2008.

_____. Protección penal de la competencia, los mercados financieros y los consumidores. En: GÓMEZ RIVERO, C. (coord.). *Nociones fundamentales de derecho penal: parte especial*. Madrid: Tecnos, 2010.

QUERALT JIMENÉZ, J. J. *Derecho penal español: parte especial*. 6. ed. Barcelona: Atelier, 2010.

SAZ (DEL) CORDERO, S. Desarrollo y crisis del derecho administrativo, su reserva constitucional. En: AA.VV. *Nuevas perspectivas del derecho administrativo: tres estudios*. Madrid: Cívitas. 1992.

SÁNCHEZ MELGAR, J. La corrupción en el sector privado. *Revista Jurídica Gallega*. n. 63. p. 16. 2009.

SCHUNEMANN, B. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Trad. Manuel Cacio Meliá. *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1993.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del derecho penal*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

_____. Los delitos patrimoniales y económico-financieros. *Diario La Ley*. n. 7534. 23.12.2010. (versión electrónica).

SPENA, A. Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali. *Rivista trimestrale di diritto penale dellèconomia*. vol. 20. fasc. 4. p. 805-844. Padova: Cedam, 2007.

TRAVERSI, A. *Diritto penale dello sport*. Milano: Giuffré, 2001.

VENTURA PÜSCHEL, A. Corrupción entre particulares (no deporte): art. 286bis 1, 2 y 3 PCP. En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.). *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

_____. Corrupción entre particulares. En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

VICENTE MARTINEZ, R. (de). *Derecho penal del deporte*. Barcelona: Bosch, 2010.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*. Granada: Comares, 2003.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas, de Ignacio Berdugo Gómez de La Torre e Eduardo A. Fabián Caparrós – *RBCCRim* 81/7;
- La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado, de Luigi Foffani – *RBCCRim* 81/48;
- La política criminal internacional contra la corrupción, de Ana Isabel Pérez Cepeda e Carmen Demelsa Benito Sánchez – *RBCCRim* 89/13; e
- Sobre la corrupción entre particulares convenios internacionales y derecho comparado, de Ignacio Berdugo Gómez de La Torre e Giorgio D. M. Cerina – *RBCCRim* 89/159.

60953

# NÓTULAS ESPARSAS SOBRE O CRIME DE ADMINISTRAÇÃO DANOSA NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS

2

*Loose notes on the crime of damaging administrationin the Portuguese Penal Code*

ANDRÉ LAMAS LEITE

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutorando em Direito (Ciências Jurídico-Criminais) pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal). Associado fundador e membro da Direção da Sociedade Portuguesa de Criminologia. Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal).

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: De entre os crimes contra o setor público ou cooperativo em Portugal, a administração danosa ocupa um lugar de destaque. Importa determinar o bem jurídico protegido como critério heurístico, bem como deslindar as mais complexas interrogações acerca do tipo objetivo, *maxime* no tocante ao princípio interpretativo do dano causado. Porquanto o tipo de delito pode convocar alguns problemas probatórios que nele se colocam com especial acuidade, em especial o da prova indiciária ou por inferência, termina-se o artigo com uma breve abordagem sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes contra o setor público ou cooperativo - Administração danosa - Determinação do dano - Prova.

ABSTRACT: Within the crimes against the public or cooperative sectors in Portugal, mismanagement is one of the most relevant ones. Therefore, it is crucial to determine the legal protected interest as a heuristic criterion, and also unscramble the most difficult questions on the interpretation of the offense, especially in what deals with the interpretive principle of damage. Therefore, the type of offense may present some issues of proof that present themselves with some intensity, such as "proof by indication" or "by inference". The article closes with a brief mention of the issue.

KEYWORDS: Crimes against the public or cooperative sector - Damaging administration - Damage determination - Evidence.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Considerações sobre o bem jurídico – 3. Algumas questões do tipo objetivo – 4. Referências sincopadas atinentes à prova.

## 1. INTRODUÇÃO

O texto que ora se dá à estampa é apenas e tão só um roteiro, uma espécie de "notas de leitura", necessariamente sincopadas e propositadamente lacunares sobre o tipo legal de crime p. e p. pelo art. 235.º do Código Penal português (CP) – a administração danosa.[1] Daí não se esperar dele uma exposição sistemática ou recortes de grande erudição doutrinal e jurisprudencial. Aborda, isso sim, alguns problemas concretos na interpretação do bem jurídico, do tipo, *maxime*, objetivo, assim como da prova, que, esperamos, possam ter alguma utilidade prática.

## 2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O BEM JURÍDICO

A inserção sistemática do art. 235.º do CP português faz-se no âmbito dos delitos contra o património (Título II, do Livro II, do CP português) e, mais precisamente, nos "crimes contra o setor público ou cooperativo agravados pela qualidade do agente". É certo que o elemento sistemático não é decisivo para a identificação do bem jurídico tutelado, porém, não deve ser ignorado em uma hermenêutica teleologicamente fundada e que tenha nos "sentidos possíveis da lei" um *ponto de partida* e, ao mesmo tempo, de *limite* crítico intrínseco, como o impõe o art. 9.º do Código Civil português.

A *ratio legis* há de ser também encontrada conhecendo a história da incriminação e as suas fontes. Sabemos que o art. 235.º do CP português foi muito influenciado por um tipo paralelo que existia no CP da antiga Alemanha de Leste (de 12.01.1968), em que se propendia para a tutela do património do Estado. Nesse § 165, 1, era elemento expresso do tipo objetivo um *bedeutenden wirtschaftlichen Schaden* ("dano económico importante/significativo"). Já na altura se entendia que a sua natureza pública importaria um cuidado acrescido na administração dos bens resultantes do esforço dos cidadãos e que

1. Dispõe o normativo: "1 – Quem, infringindo intencionalmente normas de controlo ou regras económicas de uma gestão racional, provocar dano patrimonial importante em unidade económica do setor público ou cooperativo é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.
2 – A punição não tem lugar se o dano se verificar contra a expetativa fundada do agente."

visam a satisfação de necessidades supra-individuais. O *quantum* acrescido de punição adviria da natureza da unidade produtiva, do caráter público das funções exercidas e das finalidades específicas a cujo serviço essa unidade se encontrava vinculada.

Aquele que era o art. 333.º da versão originária do CP português foi introduzido com a Proposta de Lei aprovada em 11.07.1979 e depois apresentada à Assembleia da República.[2] No ponto 35 da exposição de motivos que acompanha a versão originária da codificação criminal, o legislador recorda conhecer estas experiências tipificadoras, mas delas se afasta no sentido de que se não pretende fazer com que os gestores destas unidades públicas tenham de ter cuidados adicionais irrazoáveis em face dos seus homólogos do setor privado. *Tal visão estatizante resultaria em uma paralisia da atividade do setor económico do Estado*, a par de impedir a ascensão de profissionais competentes à gestão da coisa pública, receosos que estariam de facilmente poderem incorrer em responsabilidade criminal.[3] Em uma palavra, o legislador aponta para uma interpretação apta a conciliar o rigor e a prudência da gestão com a inevitabilidade de as empresas correrem os riscos adequados à prossecução do seu escopo social.

Nessa ponderação, *em lado algum do tipo legal (ou em outra legislação) se estabelece um* distinguo *entre as empresas detidas pelo Estado que atuem ou não em mercado concorrencial*. Donde, o padrão valorativo há de ser o mesmo.

E bem se compreende que assim seja, na medida em que a teleologia, a história, a inserção sistemática e a literalidade do crime de administração danosa impõem que o interesse jurídico tutelado seja o *património de uma unidade detida pelo Estado, o qual se salvaguarda por intermédio do adimplemento de normas de controlo ou regras de gestão racional*.[4] Na verdade, bem se pode caraterizar

2. Para a história do preceito e do capítulo em que o mesmo se insere, cf. Manuel da Costa Andrade, Nótula antes do art. 234.º do CP. In: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário conimbricense do Código Penal*, Coimbra: Coimbra Ed., 1999, t. II, p. 515-524 e A. Lopes de Almeida e C. Lopes do Rego et al, *Crimes contra o património em geral*, Lisboa: Rei dos Livros, 1983, p. 150-152.

3. O mesmo se diz em face do art. 224.º do CP português – cf. Américo Taipa de Carvalho, Anotação ao art. 224.º do CP. In: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário conimbricense do Código Penal*, Coimbra: Coimbra Ed., 1999, t. II, § 4, p. 363-364.

4. Aproximamo-nos da conclusão de Manuel da Costa Andrade, Anotação ao art. 235.º do CP. In: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário conimbricense do Código Penal*, Coimbra: Coimbra Ed., 1999, t. II, §§ 2 a 5, p. 540-542. Na doutrina espanhola, em direção idêntica, cf. Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la em-*

o crime de administração danosa como um "delito de dever" (*Pflichtdelikt*),[5] no sentido em que, dizendo-o na esteira de Roxin,[6] o núcleo do ilícito consiste na confiança depositada pela ordem jurídica na manutenção da integridade de certos deveres assumidos pelo agente do crime.

Veja-se que o particular programa de tutela dos interesses públicos se surpreende, desde logo, pela diversa configuração das regras violadas no art. 235.º do CP português e no tipo fundamental da infidelidade do art. 224.º do CP português ("com grave violação dos deveres que lhe [ao agente] incumbem").

Todavia, não julgamos precisa a conclusão de que o legislador pretendeu abarcar mais factos na incriminação da administração danosa do que na infidelidade, uma vez que, se é certo que a gravidade da infração dos deveres impendentes sobre o agente parece apontar para condutas com um maior potencial ofensivo dos interesses protegidos, também é um facto que "normas de controlo ou regras económicas de uma gestão racional" serão, *ao menos na grande maioria das hipóteses*, sobreponíveis à violação grave de deveres de gestão. Entendemos que a diversa conceitualização entre os arts. 224.º e 235.º do CP português, nesta parte, se justifica pela necessidade de, atenta a especial natureza dos interesses públicos com que se lida na administração danosa, o tipo refletir uma atuação – neste domínio vinculada – descrita de jeito mais preciso. Sem que o conteúdo essencial se aparte de modo considerável.

## 3. ALGUMAS QUESTÕES DO TIPO OBJETIVO

*A*. É essencial, em sede de tipo-de-ilícito objetivo, (a) que haja infração dolosa de certas regras; (b) que o dano revista dadas características; (c) que o quadro

---

*presa. Parte especial*, 2. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 457-458, referindo-se ao "património *administrado*" (e não à mera noção clássica de "património") como bem jurídico tutelado.

5. Como o é em Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. da 7. ed. alemã de 1999, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 419 (em face do § 266 do StGB – crime de *Untreue*: infidelidade) e, entre nós, em Henrique Salinas Monteiro, *A comparticipação em crimes especiais no Código Penal*, Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 282, nota 99 (também quanto à infidelidade do art. 224.º do CP português, mas aplicável à administração danosa). Com relevo, ainda, Susana Aires de Sousa, A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 15, p. 343-368, Coimbra: Almedina, 2005.

6. Op. cit., p. 742.

funcional do agente admita que, *per se* ou em comunhão de esforços, lhe seja juridicamente possível provocar o dano; e (d) que seja ultrapassada a margem do "risco permitido" que sempre acompanha qualquer atividade económica.

Ora, parafraseando Paulo Pinto de Albuquerque,[7] "o acordo (expresso) de todos os cooperantes ou dos órgãos de direção mandatados para o efeito afasta a tipicidade da conduta do agente. Nas unidades do setor público, o acordo compete, de igual modo, aos órgãos de administração respetivos (...)". Tendo havido acordo de todos os membros, por exemplo, de um Conselho de Administração de uma empresa pública, estaremos perante uma *cláusula de atipicidade*. E nem se argumente com o art. 12.º do CP português, na medida em que as duas alíneas do seu n. 1 dizem respeito a hipóteses em que as qualidades especiais se verificam *na pessoa do representado* (aqui, a pessoa coletiva),[8] o que em nada contende com o art. 235.º, n. 1, do CP português, porquanto este configura um delito específico, mas em que os agentes ativos são os próprios gestores ou administradores. Ou seja, o objetivo de o art. 12.º do CP português se converter em uma técnica legislativa apta a evitar a impunidade dos titulares de órgãos de pessoas coletivas, *maxime* em uma época em que a responsabilidade penal das pessoas coletivas não havia conhecido o desenvolvimento que viria a ter com a revisão de 2007 do CP português, não se aplica. *No crime de administração danosa, o que se censura é a causação de um dano patrimonial à unidade económica pela qual o agente é responsável, o que importa que o art. 235.º, n. 1, do CP português delimite no âmbito do punível esses sujeitos que ocupam posições de liderança, sancionando-os enquanto tais.*

Acresce que as hipóteses de atuação em nome de outrem (art. 12.º do CP português) não são equacionáveis sempre que os arguidos administradores, por exemplo, não tenham competência para, *por si só*, vincular a sociedade a uma deliberação daquele tipo, a qual teria, necessariamente, de ser aprovada, v.g., em reunião do Conselho de Administração. Segundo Schreiber e Beulke,[9] para o preenchimento do tipo, "o agente tem de fazer algo que ele possa fazer

7. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica, 2008, anot. 12, p. 645. O mesmo defende aquele autor para o tipo fundamental de infidelidade – cf. anot. 10, p. 619.

8. Para um conspeto, Paulo Saragoça da Matta, *O artigo 12.º do Código Penal e a responsabilidade dos "quadros" das "instituições"*, Coimbra: Coimbra Ed., 2001, passim, e, agora, Paulo Pinto de Albuquerque, op. cit., p. 87-88.

9. Manuel da Costa Andrade, Anotação ao art. 235.º do CP cit., p. 542.

para fora, mas para dentro não deve: ultrapassagem do juridicamente permitido no domínio do juridicamente possível".

Como sempre, terá de existir uma *relação de imputação objetiva* entre os factos dos agentes e o resultado produzido ("dano patrimonial importante"). Para o ser, tem de existir uma *possibilidade jurídica* de, *no seu âmbito funcional*, os administradores da empresa, por si, poderem vincular a sociedade à celebração de um dado negócio jurídico. Nas palavras de Christian Bertel e Klaus Schwaighofer,[10] a propósito do § 153 do StGB austríaco, similar ao nosso crime de infidelidade de que a administração danosa é uma forma qualificada, "quem não tem o poder, não pode praticar a infidelidade como autor imediato".

E isto pela razão cristalina de a imputação objetiva, hodiernamente encarada do prisma da "teoria da conexão do risco",[11] não renunciar a um primeiro escalão em que os ensinamentos da "doutrina das condições equivalentes" prende a discursividade criminal à materialidade dos factos. Assim, se, v.g., nem de um ponto de vista abstrato as condutas imputadas aos arguidos tiverem a virtualidade de conduzir àquele concreto resultado, então inexistirá, de jeito seguro, qualquer imputação. Para afirmar essa imputação, exigir-se-á, pois, na síntese de Schwinge e Siebert,[12] "[a] ultrapassagem do juridicamente permitido no âmbito do juridicamente conhecido".

E isto não significa, note-se, que qualquer ato que preenchesse objetivamente os elementos típicos do crime, desde que praticados por decisão de órgão colegial, quedaria impune. Deve assentar-se em que o tipo legal do art. 235.º, n. 1, do CP português, do modo como se acha configurado, se preenche com atuações individuais de quem, na unidade económica do setor público ou cooperativo, pela natureza das funções que ocupa, pode provocar "dano patrimonial importante".

---

10. *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil*, I, 7. Auflage, Wien/New York: Springer, 2003, § 153, Rn 3, p. 217.

11. Por todos, entre nós, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal. Parte geral*, 2. ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2007, t. I, p. 322-347. Na Alemanha, para citar somente alguns, e que não partilham de posições totalmente idênticas, cf. Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, 3. Auflage, München: Beck, 1997, Rn 39-119, p. 310-351, e Günther Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1993, Rn 72-103, p. 220-237.

12. Apud Hermann Blei, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 12. Auflage, München: Beck, 1983, p. 258. No mesmo sentido, Urs Kindhäuser, *Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil II*, 3. Auflage, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 325 e 327.

Outra causa de atipicidade se surpreende no n. 2 do art. 235.º do CP português – que teve como fonte o § 169 do CP da ex-RDA, onde expressamente se referia ao *Wirtschaftsrisiko* ("risco económico").[13]

Encaremos, então, mais de perto, a figura-de-delito em presença.

*B.* O art. 235.º, n. 1, do CP português é habitualmente descrito como um *crime específico puro ou próprio*,[14] dado que somente pessoas que reúnam em si determinadas qualidades são passíveis de chamamento à responsabilidade criminal. Mais ainda, a qualidade dos agentes é elemento do ilícito, de tal modo que inexiste um outro tipo legal que, para a generalidade dos sujeitos, seja passível de preenchimento através da conduta típica.

Ao invés desta opinião, se bem vemos as coisas, o delito de administração danosa é, mais corretamente, um crime específico *impróprio*,[15] uma vez que, como em geral se reconhece, o art. 235.º, n. 1, do CP português, é um *tipo qualificado do crime de infidelidade* (art. 224.º, n. 1, do CP português),[16] tendo como objeto de ação específico uma "unidade económica do setor público ou

13. "§ 169. Wirtschafts – und Entwicklungsrisiko. Eine Straftat nach den §§ 163 bis 168 liegt nicht vor, wenn 1. die Handlung vorgenommen wird; um einen bedeutenden wirtschaftlichen Nutzen herbeizuführen oder einen bedeutenden wirtschaftlichen Schaden abzuwenden und der Handelnde nach verantwortungsbewußter Prüfung aller die Handlung betreffenden Umstände die eingetretenen wirtschaftlichen Nachteile für wenig wahrscheinlich oder aber für wesentlich geringer als den vorgesehenen wirtschaftlichen Nutzen halten durfte (Wirtschaftsrisiko) (...)."

14. Manuel da Costa Andrade, Anotação ao art. 235.º do CP cit., § 39, p. 554. Na jurisprudência, cf., *inter alia*, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 11.02.1998, Processo 97P1191, Mariano Pereira. Disponível em: [www.dgsi.pt]. Acesso em: 14.06.2010.

15. No mesmo sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, op. cit., anot. 5, p. 645.

16. Assim, Manuel da Costa Andrade, Anotação ao art. 235.º do CP cit., § 1, p. 540, Paulo Pinto de Albuquerque, op. cit., anot. 4 e 14, p. 645-646, Manuel Maia Gonçalves, *Código Penal*, 12. ed, Coimbra: Almedina, 2001, p. 746, e José António Barreiros, *Crimes contra o património*, Oliveira de Azeméis: Universidade Lusíada, 1996, p. 249. Apesar de em Espanha inexistir um tipo legal com a mesma configuração que o art. 235.º do CP português, o art. 295 do CP daquele país pune a administração desleal em factualidades similares. E também aí se conclui que o núcleo do ilícito é "(...) a infidelidade às obrigações que como administrador de facto ou de direito lhe exigem (...) uma conduta societária que viole os vínculos de fidelidade e lealdade que une os administradores à sociedade" (sentença do *Caso Banesto*), cit. em Ángel Calderón e José Antonio Choclán (coords.), *Código Penal comentado*, Barcelona: Deusto, 2005, p. 631. No mesmo sentido, Gonzalo Quintero Olivares e Fermín Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2. ed., Navarra: Aranzadi, 2001, p. 1354.

cooperativo". E este objeto de ação, a par de outros elementos, não consentem uma importação acrítica da hermenêutica do art. 224.º do CP português para o crime de administração danosa, como ocorre, v.g., na interpretação do segmento "dano patrimonial importante", como haverá ocasião de estudar.

Ainda quanto ao agente, *são as pessoas singulares que tenham praticado os factos nele descritos que o podem preencher*, excluída que está, *in casu*, a responsabilidade penal da pessoa coletiva (cf. art. 11.º, n. 2 e n. 3, *b*, do CP português). Ora, quando os arguidos tiverem atuado *dentro do seu quadro funcional*, não merecem qualquer censura penal e, a merecerem, teriam de ser *todos* quantos, por exemplo, aprovaram a deliberação do órgão.

Não se pode também afirmar que preenche a conduta típica a conduta do agente, membro de órgão colegial que dolosamente leva este a tomar a deliberação que constitua infração de normas de controlo ou regras económicas de uma gestão racional. Por outras palavras, aquilo que se pretende é transformar o delito do art. 235.º, n. 1, do CP português em uma espécie de *crime de instigação autónomo*, pois se advoga que o núcleo do ilícito não se encontra (ao menos só) no ato material gerador de "dano patrimonial importante", mas também (ou só) em uma *atuação prévia de determinação dolosa* a quem teria competência para o ato.

Antes de mais, o elemento literal do inciso depõe em sentido contrário a tal hermenêutica. Mas, sobretudo, da leitura do ponto 35 da exposição de motivos que acompanha o Dec.-lei 400/1982, de 23 de setembro, resulta que a *intentio* legislativa foi a de fazer impender a responsabilidade penal sobre as pessoas – e *tão só elas* – que, através de uma execução vinculada ("infringindo intencionalmente normas de controlo ou regras económicas de uma gestão racional"), provoquem um dano de um certo tipo a uma unidade económica pública ou cooperativa.

De que modo corresponde este facto à prática de um crime ou serve para preencher algum dos elementos do tipo do art. 235.º, n. 1, do CP português? A omissão, em si mesma e de um prisma objetivo, não representa qualquer ilícito criminal.

Acresce, por fim, nesta vertente, que só poderá achar-se incurso na prática do crime *sub judice* aquele que espolete "(...) ações compreendidas no âmbito de competência do agente e da sua capacidade para vincular perante terceiros a empresa pública ou cooperativa".[17] Como se escrevia à luz do § 165 do CP da ex-RDA, o qual serviu de *fons iuris* ao nosso art. 235.º, n. 1, do CP português,

17. Manuel da Costa Andrade, Anotação ao art. 235.º do CP cit., § 6, p. 542.

exige-se que os agentes detenham "a possibilidade jurídica de tomar *auto-responsavelmente* decisões vinculativas para a unidade económica".[18]

Por outra banda, como determina o art. 5.º, *d*, do Dec.-lei 71/2007, de 27 de março (Estatuto do Gestor Público), "(...) são deveres dos gestores públicos e, em especial, dos que exerçam funções executivas: (...) *d) avaliar e gerir os riscos inerentes à atividade da empresa*".[19] Inexiste, pois, como não podia deixar de ser, uma desconsideração, pelo legislador, da álea sempre inerente (também), por exemplo, no setor empresarial do Estado.

*C.* Núcleo central do tipo objetivo é, então, que o *crime material e de dano* em que se traduz o art. 235.º do CP português provoque um "dano patrimonial *importante*", o qual só pode ser interpretado da forma como o faz, entre nós, Costa Andrade.[20]

Para este Mestre, "(...) torna-se indispensável que, pelo seu impacto concreto, o dano *possa pôr em causa a subsistência, o funcionamento e o desempenho das tarefas comunitárias cometidas à unidade económica*". Atentando na já citada exposição de motivos do CP português (ponto 35), aí se diz que se pretende recobrir "(...) só aquelas condutas intencionais que levam à produção de *resultados desastrosos*" (grifo nosso). Não parece ser outro, ainda, o entendimento de Maia Gonçalves,[21] ao escrever: "[a] importância do dano não pode medir-se em termos gerais bem definidos; terá em todo o caso de equacionar-se *com a dimensão e com a situação económica concreta da unidade económica lesada*".

*Primo*, esta é a única interpretação apta a desenvolver um suficiente programa de tutela do bem jurídico identificado, na medida em que se afasta da mera noção de "valor elevado" recolhida no art. 202.º, *a*, do CP português. É seguro que se o legislador dela quisesse ter lançado mão, o teria dito *expressis verbis*, o que não sucedeu. *Secondo*, trata-se de uma *conceção de património orientada para a específica tutela das funções públicas* em que a unidade económica se acha empenhada. Se assim é, o dano e a sua natureza não se podem desligar dessa *função*, i.e., só releva para o âmbito da incriminação típica o dano que a

18. Idem p. 555. Grifos nossos.

19. Grifos nossos.

20. Anotação ao art. 235.º do CP cit., §§ 27-29, p. 550-551. Nossos grifos. Na jurisprudência, não se afastando desse entendimento, e acolhendo-se ao adjetivo "desastroso", citado em texto, expressamente, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 02.02.2000, Processo 9.940.740, Teixeira Pinto. Disponível em: [www.gdsi.pt]. Acesso em: 07.06.2010.

21. Op. cit., p. 747. Grifos nossos.

comprometa de modo sério, de jeito decisivo. O que é independente de uma simples consideração matemática e que terá de ser *analisada caso a caso*, mas que terá sempre como limite intransponível que esse prejuízo causado se tenha arvorado em óbice sério à continuidade do desempenho das funções para que tende a unidade económica. *Tertio*, só esta hermenêutica, por outro lado, justifica que a pena do art. 235.º do CP português seja superior à do art. 224.º, n. 1, do mesmo Código. O *quantum* acrescido de desvalor acoberta-se à aludida *funcionalização do património* que jamais deve ser perdida de vista na escalpelização interpretativa.

Em reforço do elemento histórico, é imperativo esboçar-se a evolução legislativa do então art. 333.º da versão originária do CP português. Em 1982 exigia-se que se provocasse um "*dano material*", não havendo qualquer alusão ao seu jaez "importante" (n. 1). E aí usava-se, de modo expresso, a referência a "valor consideravelmente elevado" (n. 3) e "valor insignificante" (n. 4), o que demonstra que o legislador não se havia desligado, *nesse tempo*, das normas definitórias hoje previstas no art. 202.º do CP português. Ora, com a Reforma de 1995, esses segmentos normativos foram por completo eliminados, o que mostra uma clara *intentio* de mudar o paradigma, desligando-o da pura e simples aritmética das unidades de conta.

Logo, em um caso concreto, sempre se terá de provar que existe um valor que, com base na chamada "*teoria da diferença*" – o único critério operatório em sede de administração danosa e de infidelidade, como sucede na Alemanha ou na Áustria[22] –, impusesse que o ativo patrimonial da empresa tivesse ficado prejudicado com o negócio jurídico em causa.

Aquilo por que se propugna é que cada dano seja encarado *no específico contexto da empresa em causa*. Inexiste, pois, qualquer violação do princípio da *ultima ratio* da intervenção penal no entendimento da gravidade com que o legislador recobriu o dano do art. 235.º do CP português. Já se disse que é essencial que se afaste, *aqui*, a noção puramente decalcada do art. 202.º do CP português. Exige-se, isso sim, um reflexo concreto do dano na estrutura da empresa e no asseguramento da manutenção das suas funções primordiais.

Veja-se que até podemos estar perante um dano economicamente pouco significativo mas que, por exemplo, tenha afetado de tal forma a imagem exterior da empresa que provoque uma debandada de clientes/consumidores para

22. Assim, quanto à *Differenztheorie* entre a prestação (*Leistung*) e a contraprestação (*Gegenleistung*), cf. Christian Bertel e Klaus Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil*, § 153, Rn 11, p. 219.

outras empresas, em especial em setores concorrenciais. Por exemplo, uma decisão de deixar de apoiar financeiramente um projeto social muito querido da população, até para evitar despesas, importa uma quebra da hoje propalada "responsabilidade social das empresas".[23] Ora, as *leges artis* de uma "gestão racional" nos tempos atuais comportam, por certo, este nível de responsabilidade, de tal modo que o afastamento do consumo de bens ou da utilização de serviços dessas unidades económicas detidas pelo Estado se teria ficado a dever, do prisma da "teoria da adequação", a essa decisão que, *no imediato, até se traduzira em uma poupança de despesas*. Aqui está um exemplo que demonstra, ao que pensamos, o caráter destrinçável da noção de "valor elevado" ou "consideravelmente elevado" do conceito de "dano patrimonial importante".

## 4. REFERÊNCIAS SINCOPADAS ATINENTES À PROVA

*A.* A *prova indiciária ou por inferência* é amiúde considerada como das mais adequadas para o preenchimento, a nível processual, do conceito de "dano patrimonial importante". Seria imprestável ao atual desiderato uma abordagem muito extensa do problema assim enunciado e que, como se não ignora, é de grande candência no processo penal, visto a prova ser *o coração de toda a atividade jurisdicional*. Diremos, todavia, o que nos parece de todo essencial sublinhar.

Comecemos por acobertar-nos à autoridade de Vaz Serra,[24] no sentido de enquadrarmos o que se entende por "factos" para efeitos jurídicos: "factos são os acontecimentos externos ou internos suscetíveis de perceção e, entre eles, os simples *indícios* (factos de que se concluem os factos imediatamente relevantes) e os chamados *factos auxiliares* (factos que servem para a apreciação de meios de prova ou indícios, v.g., os factos que dizem respeito à genuinidade de um documento ou à incredibilidade de uma testemunha)".

Já por "indícios" se entenderá que, "numa aceção comum, [eles] significa[m] sinal, marca, indicação, manifestação, o que se explica pela sua origem etimológica: *indicere*, fazer saber, manifestar. O seu entendimento jurídico não se afasta muito daquele: será indício a circunstância certa da qual se possa retirar, através de um processo de indução lógica, a consistência ou inconsistência de um facto desconhecido, o indício, facto conhecido, permite a prova da exis-

23. Embora não coincidente *in totum*, cf. Américo Taipa de Carvalho, Anotação ao art. 224.º do CP cit., § 11, p. 366-367.

24. Provas (direito probatório material), *Boletim do Ministério da Justiça* (*BMJ*), n. 110, p. 75, Ministério da Justiça, 1961.

tência ou da inexistência de um outro, não porque o representa, mas antes por força de um procedimento lógico de indução. A aproximação que exibe relativamente à noção comum ajuda a compreender que a problematização e a análise jurídica e processual dos indícios sejam atividades que exigem a utilização de sólidas regras nascidas da experiência do homem e da natureza, bem como a procura, nos mecanismos humano-sociais e nos fenómenos físico-naturais, de uma constância e uniformidade que confiram legitimidade às expetativas com base nas quais se desenvolvam aquelas tarefas. O indício, facto conhecido, permite a prova da existência ou da inexistência de um outro, não porque o representa, mas antes por força de um procedimento lógico de indução".[25]

Donde, para existirem indícios, essencial se torna que haja *factos de base* dos quais os primeiros se retiram: "[o] indício é a testemunha muda do facto ou da culpa, a prova é a sua expressão eloquente" (Battaglini).[26]

O *método indutivo* parte dos dados, da observação dos factos para formar a ideia, o que pressupõe a recolha desses dados, a formulação de uma hipótese e o seu confronto com os dados originais.[27]. Por *prova indiciária* entende-se "(...) um silogismo no qual a premissa maior é uma máxima da experiência (...), a premissa menor é a circunstância indiciária certa, e a conclusão representa a demonstração do facto objeto de prova". "No caso (...) em que o juiz valore um indício, procede à aplicação das máximas da experiência em dois momentos: um primeiro quando avalia, como no caso da prova representativa, a utilizabilidade do dado adquirido (juízo sobre a atendibilidade – existência); um segundo quando retira das circunstâncias de facto (...) o conhecimento do facto ignorado (juízo sobre a 'significatividade') (...) o resultado probatório [assim obtido] não é imediatamente legível (...) a partir da representação – certa – (...) de um facto incerto (...) fazendo parte do reino do provável".[28]

---

25. Jorge Gaspar, Titularidade da investigação criminal e posição jurídica do arguido, *Revista do Ministério Público*, n. 87, p. 88, Ministério Público, 2001. De jeito semelhante, Carlos Adérito Teixeira, "Indícios suficientes": parâmetro de racionalidade e "instância" de legitimação concreta do poder-dever de acusar, *Revista do CEJ*, n. 1, p. 154-155, 2004 e Germano Marques da Silva, *Curso de processo penal*, 4. ed., Lisboa/São Paulo: Verbo, 2008, vol. II, p. 114-115.

26. Apud Antonio Abet, Logica e prova indiziaria. In: Alfredo Gaito (dir.), *Osservatorio del processo penale*, 2010, IV, 1, p. 40. Disponível em: [www.bluserview.com/sync/utetgiuridica.it/www/images/upload/sommari_codici/allegato_phpVxhEHz.pdf]. Acesso em: 11.06.2010.

27. Acolhemo-nos a Antonio Abet, op. cit., p. 41.

28. Idem, p. 44-45.

Daqui resulta a *maior necessidade de controlabilidade* das conclusões probatórias baseadas em factos indiciários, em raciocínio paralelo ao que, v.g., se vai defendendo para as declarações do co-arguido, i.e., a absoluta imprescindibilidade de *corroboração*[29] dos meios de prova inferidos com outros elementos que tenham diversas características e que se não possam limitar a conclusões que partam de meras circunstâncias não dotadas da certeza *beyond any reasonable doubt*. Se assim não for, "(...) dos indícios acaba por abrir-se a porta ao arbítrio e por violar-se o princípio da legalidade da prova (...)".[30]

Em Itália, o art. 192, n. 2, do *Codice di Procedura Penale* contém uma norma expressa sobre a prova indiciária, onde se lê que "2. L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti". O mesmo não sucede com o Código de Processo Penal (CPP) português. Se é exato que tal não implica a impossibilidade de recurso a este método de inferência probatória, imporá, todavia, ainda mais cautelas na sua utilização.

*B.* É muito debatido o conteúdo útil de "indícios suficientes" (arts. 283.º, n. 1 e 308.º, n. 1, do CPP português). Todavia, com segurança pode assentar-se em que tal implica que, à altura em que profere despacho de acusação ou de pronúncia, o magistrado do Ministério Público (MP) ou o Juiz de Instrução Criminal (JIC), respetivamente, estejam convencidos de que há mais hipóteses de o arguido vir a ser condenado que absolvido. Caso contrário, devem abster-se de acusar ou pronunciar.

Sufragando posição que vem sendo defendida na doutrina e jurisprudência,[31] entende-se que o grau de convencimento do magistrado do MP ou do JIC quanto à condenação em audiência de julgamento não se compadece com uma mera análise probabilística de tipo matemático estrito (i.e., mais de 50% de hipóteses de condenação), mas exige sim, ao invés, uma probabilidade *quali-*

29. Para tal aponta, em letra de forma, o art. 192, n. 2, do *Codice di Procedura Penale* italiano: "Art. 192. Valutazione della prova. (...) 3. Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità. (...)". Entre nós, nesse sentido, António Alberto Medina de Seiça, *O conhecimento probatório do co-arguido*, Coimbra: BFDUC/Coimbra Ed., 1999, p. 218-228.

30. Antonio Abet, op. cit., p. 50.

31. Cf., por exemplo, Jorge Noronha e Silveira, O conceito de indícios suficientes no processo penal português. In: Maria Fernanda Palma (coord.), *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 163-172, e na jurisprudência, acórdão do STJ de 01.03.1961, *BMJ*, n. 105, p. 439, ss.

*ficada*, próxima daquela que seria de exigir ao MP ou ao JIC se, por lei, lhes coubesse julgar.

Foi Castanheira Neves[32] quem escreveu que para a acusação deve defender-se "a mesma exigência de prova e de convicção probatória, a mesma exigência de 'verdade' requerida pelo julgamento final"; "deverá (...) exigir-se aquele tão alto grau de probabilidade prática quanto possa oferecer a aplicação esgotante e exata dos meios utilizáveis para o esclarecimento da situação – um tão alto grau de probabilidade que faça desaparecer a dúvida (ou logre impor uma convicção)". Parafraseando Carlos Adérito Teixeira,[33] na acusação ou na pronúncia, "[a] determinação do grau [da eventualidade de vir a ser condenado] passa pela bitola da *possibilidade particularmente qualificada* ou de *probabilidade elevada* (...). O juízo de indiciação suficiente deve, assim, ter por equivalente o juízo de condenação em julgamento".

Dir-se-á que esta é uma posição *maximalista*. Contudo, não se vislumbra outra forma de obter a *concordância prática* entre a atividade investigatória do MP (e do JIC), os resultados sócio-pessoais de uma acusação pública e o princípio da presunção da inocência com respaldo constitucional. Se do art. 32.°, n. 2, da Constituição portuguesa se tiver uma conceção que não se limite a encarar esse princípio como uma bandeira inconsequente de um sistema mais preocupado em manter aparências que corresponder, na materialidade do acontecer, aos fundamentos axilares de um Estado de Direito Democrático, então, nesse momento, julga-se somente de patrocinar a conceção que vimos de propugnar.[34]

---

32. *Sumários de processo criminal (1967/68)*, Coimbra: Dactilografada, 1968, p. 39.

33. Op. cit., p. 189. Grifos no original. Na conclusão, entre tantos, Jorge Noronha e Silveira, op. cit., p. 180-181; Maria Fernanda Palma, Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva. In: Manuel M. Guedes Valente (coord.), *I Congresso de Processo Penal. Memórias*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 120-129; João Conde Correia, *Questões práticas relativas ao arquivamento e à acusação e à sua impugnação*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2007, p. 20 e Germano Marques da Silva, op. cit., p. 117.

34. Dito com as sábias palavras de Marques Salgueiro, "I – [é] condição da sujeição de alguém a julgamento que se reúnam indícios suficientes da verificação e prática do crime. II – Os indícios são suficientes quando deixam antever a possibilidade razoável de o arguido ser condenado, em julgamento. III – Aquela probabilidade só existe quando os elementos recolhidos já possibilitem um juízo de condenação provável, se em julgamento não acabarem prejudicados, *verbi gratia*, por falhar aí a sua

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também do mesmo Autor

- Mediação penal e finalidades do sancionamento – Esboço de uma *Relatio*, de André Lamas Leite – *RCP* 11/49; e
- O crime de subtracção de menor: uma leitura do reformado art. 249.º do Código Penal português, de André Lamas Leite – *RCP* 10/9.

prova ou por se demonstrar uma qualquer circunstância que os neutralize. IV – Não é correto que se relegue para julgamento o esclarecimento das dúvidas e pontos obscuros, transformando a remessa do processo para julgamento num verdadeiro 'salto no escuro', na medida a que, a persistirem ali essas dúvidas, a absolvição se antevê inexorável" (Acórdão do TRP de 07.01.2004. Disponível em: [www.dgsi.pt]. Acesso em: 11.06.2010.

60954

# El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos

3

*The swindle crime: a necessary normative construction of its typical elements*

**Gustavo Balmaceda Hoyos**

Abogado (Universidad de Chile). Doctor en Derecho Penal (Universidad de Salamanca, España). Profesor de Derecho Penal (Universidad de los Andes, Chile).

**Área do Direito:** Internacional; Penal

**Resumen:** En el presente trabajo se somete a examen el rendimiento de la Tesis "tradicional" (naturalística) del delito de estafa frente a las necesidades político-criminales del presente. Para este sistema entre sus diferentes elementos típicos se exige una relación de causalidad. Al día de hoy cabría preguntarse si esta solución es conveniente, es decir, si responde eficientemente a los supuestos problemáticos que plantea la realidad de los negocios contemporánea.

**Palabras clave:** Estafa - Engaño - Perjuicio patrimonial - Normativización.

**Abstract:** This work reviews the performance of the "traditional" (naturalistic) thesis of the swindle crime before today's political-criminal needs. For this system, a causal relationship is required among its various typical elements. Today one might wonder if this solution is adequate, or if it responds efficiently to the problematic assumptions raised by the contemporary business practices.

**Keywords:** Swindle crime - Deceit - Patrimonial detriment - Normative construction.

Sumario: 1. Introducción - 2. El bien jurídico - 3. El engaño: fundamento para su normativización - 4. El engaño: estafa e imputación objetiva - 5. El engaño: normativización referida a infracciones de deberes de veracidad - 6. El engaño: su objeto y formas - 7. El error: ¿elemento autónomo? - 8. Resultado típico: "acto de disposición patrimonial perjudicial": 8.1 El acto de disposición; 8.2 El perjuicio patrimonial: 8.2.1 Introducción; 8.2.2 Concepto de

"perjuicio"; 8.2.3 Procedimiento para la determinación del perjuicio; 8.2.4 ¿Perjuicio efectivo o en forma de peligro? – 9. Aspectos subjetivos: 9.1 El dolo; 9.2 El ánimo de lucro – 10. Conclusiones – 11. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

La[1] estafa es un delito problemático.[2-3] Ya desde el inicio de su estudio a nivel dogmático eran evidentes las diferencias existentes. Lo desalentador es que esta disputa todavía existe. La discusión reside esencialmente en interpretar a la estafa: (a) como un ilícito que requiere una calificación del engaño y alguna diligencia por parte de la víctima, o (b) como un delito que deba proteger a cualquier víctima.[4]

En el presente trabajonos vamos a ocupar únicamente del estudio de la estructura del *tipo básico de estafa*,[5] de cuya aclaración depende categóricamente el *necesario* entendimiento del grupo de hipótesis específicas.

---

1. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Postdoctorado Conicyt-Fondecyt de Chile, 2009-2011, n. 3100017, titulado: "El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos".
2. Artículo publicado con anterioridad con el mismo título en la *Revista Estudios Socio Jurídicos* (Bogotá, Colombia), vol. 13, n. 2, dic. 2011.
3. Principales abreviaturas utilizadas: CA = Iltma. Corte de Apelaciones; CP = Código Penal; CS = Excma. Corte Suprema; et al = Et álii (y otros); FM = Revista Fallos del Mes; GJ = Revista Gaceta Jurídica; GT = Revista Gaceta de los Tribunales; pássim = en lugares diversos; NM = Número(s) de margen; § = Parágrafo(s); RDJ = Revista de Derecho y Jurisprudencia; RIT = Rol Interno del Tribunal; SCA = Sentencia(s) de la Iltma. Corte de Apelaciones; SCS = Sentencia(s) de la Excma. Corte Suprema Chilena de Justicia; Secc. Crim. = Sección criminal; SJG = Sentencia(s) del Juzgado de Garantía; Stop = Sentencia(s) del Tribunal Oral en lo Penal; STS = Sentencia(s) del Tribunal Supremo español; TS = Tribunal Supremo español.
4. Sobre esto, véase infra n. 4.
5. En la Doctrina chilena, incluso hoy se discute cuál es el *tipo básico* de estafa, existiendo quienes consideran que se describe en el art. 468 CP –que señala: "(...) el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante"–, mientras que para otros se trataría de la figura del art. 473 CP –que dice: "El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado (...)"–. No obstante, creemos en la postura que sostiene que el art. 468 constituye el tipo básico, y el art. 473 la figura residual de estafa, puesto que desde ya el mismo Título 8.º del Libro II CP ha trazado la línea divisoria, al hablar de "estafas y otros engaños". En este sentido, nos parece que cla-

Cabe destacar que dentro del examen de la parte especial del derecho penal, el estudio del tipo de estafa es conocido por ser *especialmente engorroso.*[6] De alguna forma –señala Hernández–[7] esa fama se explica por los siguientes motivos:

---

ramente los "otros engaños" a los que alude el CP se encuentran en el art. 473 (así, ETCHEBERRY, 1998, p. 391, y 406-407; SILVA, 2005, p. 81 ss.; GARRIDO, 2002, p. 316 y 335 ss.; BULLEMORE; MACKINNON, 2007, p. 77; FERNÁNDEZ, 2005, p. 183; BALMACEDA, 2009, p. 160, nota 145). También la mayoría de la jurisprudencia chilena se inclina por afirmar que la figura básica se encontraría en el art. 468 CP y la residual en el art. 473 CP. (Por todas, GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Talca 1901 p. 425; Stop de Viña del Mar 05.07.2005, RIT 62-05; Stop de Chillán 10.03.2006, RIT 04-06; Stop de La Serena 06.05.2006, RIT 41-06; Stop de Talca 23.04.2008, RIT 145-07; SCS 28.01.2009, Rol 697-08; SCS 24.03.2009, Rol 649-08; SCS 25.08.2009, Rol 5.259-08; SCS 19.07.2010, Rol 993-2009; SCS 31.03.2010, Rol 6.489-2008; SCA de Santiago 08.10.2010, Rol 2.039-2010. Sin embargo, alguna sentencia dice exactamente lo contrario, por ejemplo, la de RDJ T. LXIX Secc. IV CS 1972, p. 184, al hablar de la "estafa genérica" del art. 473 CP, subrayando que "no es una figura subsidiaria"). En contra, POLITOFF et al, 2005, p. 411 ss. y 416 ss., señalando que aquí, como sucede con otros delitos (como los homicidios y las lesiones), lo que hace el legislador es primero expresar los hechos que le parecen especialmente graves, para luego establecer la regla general; LABATUT, 1996, p. 226, para quien se trata de un concepto general que está previsto para evitar la impunidad; MERA, 2001, p. 58 ss., que manifiesta que el art. 473 al referirse a cualquier engaño, su sentido y alcance no exige una puesta en escena.

6. *La jurisprudencia chilena ha manifestado* que los "Elementos tradicionales de las estafas son: el engaño, el error, el perjuicio, el acto de disposición, el ánimo de lucro y también [se] agrega la relación de causalidad" (Stop de Punta Arenas 23.04.2008, RIT 14-08). También, ha dicho que "(...) debe existir un engaño efectuado por el sujeto activo, lo que como consecuencia directa produce un error en el sujeto pasivo, generándose una disposición patrimonial que cause un perjuicio en el patrimonio del sujeto pasivo" (SJG de Antofagasta 19.10.2009, RIT 4.656-08. Similar, Stop de Santiago [3.°] 22.02.2008, RIT 02-08); que son la "(...) simulación, error, disposición patrimonial, perjuicio y relación o nexo causal" (Stop de Santiago [4.°] 20.01.2007, RIT 96-06. Similar, Stop de Santiago [4.°] 06.03.2007, RIT 14-07); o el "(...) engaño, ardid o simulación que conduzca normalmente a un error y que dicho error genere una disposición patrimonial que redunde en un perjuicio para el sujeto pasivo" (Stop de Talca 10.03.2009, RIT 105-08. Similar, Stop de Curicó 31.07.2009, RIT 48-09); "(...) en el delito de estafa, los elementos configurativos del hecho punible son: (a) la existencia de engaño, a través de la realización de maniobras o maquinaciones artificiosas, (b) el perjuicio patrimonial, (c) el ánimo de lucro que pretenden obtener los agentes, y (d) la relación causal entre los diversos elementos señalados, lo que implica que unos sean consecuencia directa y lógica de los demás" (GJ n. 130 CA de Santiago 1991, p. 76).

7. Todo esto se confabula contra un apropiado régimen práctico de la estafa, el que, –en opinión del autor citado– en el caso chileno, se ha visto empeorado por la carencia de un método dogmático conveniente del delito que sea apto como pauta para la práctica (HERNÁNDEZ, 2003, p. 149).

a) Porque la disposición del delito de estafa, con su aglomeración de exigencias eslabonadas, es mucho más complicada que la de la generalidad del resto de delitos;

b) A esa peculiaridad se añade que los comportamientos constitutivos de estafa participan en tareas concernientes al comercio, con un ulterior aspecto de licitud; y

c) Finalmente, exceptuando sucesos básicos, los hechos acostumbran encajarse en un entorno muy complicado, lo que procesalmente entorpece la imprescindible recopilación de las particularidades fácticas que serán objeto del estudio de tipicidad.

Y para complicar las cosas, la estafa en Chile es un delito todavía másconfuso, tanto por motivos dogmáticos como por la técnica de tipificación escogida el legislador,[8] ya sea por la determinación de sus elementos, o por la disposición de la relación que debería existir entre cada uno de ellos.[9]

---

8. Así, CABRERA; CONTRERAS, 2009, p. 1 ss.; HERNÁNDEZ, 2003, p. 149; HERNÁNDEZ, 2010a, p. 10. Similar, para el caso argentino, SOLER, 1992, p. 345, quien sostiene que la norma posee una "(...) redacción difusa y ejemplificadora [que] se presta a equívocos"; DONNA, 2001, p. 258 ss.; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 47 ss.; FINZI, 1961, p. 25 ss. Y ya hace más de 50 años, ANTÓN, 1958, p. 57, advertía para el caso español anterior a la reforma de 1983 que "El Código (...) sigue la vía antigua, o sea, el método ejemplificador, con multitud de figuras incompletas y algunas fórmulas vagas complementarias; simples bocetos y no definiciones precisas como las ordinariamente usadas por la técnica penal". *Inclusive, antiguamente la jurisprudencia chilena equivocaba la terminología, por ejemplo, confundiendo la estafa con el delito de apropiación indebida.* (Por todas, GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Concepción 1901, p. 284; GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Concepción 1901, p. 432; GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Tacna 1901, p. 483; GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Valparaíso 1901, p. 323; GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Valparaíso 1901, p. 435; GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Valparaíso 1901, p. 871; GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Valparaíso 1901, p. 1000; GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Talca 1901, p. 345; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de La Serena 1902, p. 87; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Valparaíso 1902, p. 564; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Valparaíso 1902, p. 143; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de La Serena 1902, p. 286; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Concepción 1906, p. 298; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Valparaíso 1908, p. 87; GT 2 sem. Secc. Crim. CS 1909, p. 1058; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Concepción 1911, p. 298; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de La Serena 1911, p. 739; GT 2 sem. Secc. Crim. CA de Tacna 1911, p. 177; GT 1 sem. Secc. Crim. CS 1911, p. 556; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Valparaíso 1915, p. 259; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Concepción 1919, p. 814; GT 1 sem. Secc. Crim. CS 1922, p. 479; GT 2 sem. Secc. Crim. CS 1931, p. 390; GT 2 sem. Secc. Crim. CS 1933, p. 239; GT 1 sem. Secc. Crim. CS 1935, p. 246; GT 1 sem. Secc. Crim. CS 1940, p. 243; GT 2 sem. Secc. Crim. CA de Santiago 1950, p. 545).

9. La vinculación entre los elementos del delito se ha analizado con criterios de causalidad en *términos naturalísticos* (así la mayoría en Chile, por todos, ETCHEBERRY, 1998,

El CP chileno no define la estafa,[10] tampoco al engaño[11] ni el perjui-

p. 392; CONTRERAS, 1992, p. 6) o con *criterios normativos* de imputación objetiva (POLITOFF et al, 2005, p. 418; PIÑA, 2006, p. 49; BALMACEDA, 2009, p. 184 ss.; BALMACEDA; ARAYA, 2009, p. 14 ss.; LIRA, 2010, p. 91 ss.; PÉREZ, 1995, p. 285 ss.; BAJO, 2004, p. 40; GUTIÉRREZ, 1991, p. 371 ss.; TORÍO, 1982, p. 883 ss.; GÓMEZ, 1985, p. 338 ss.; VALLE, 1987, p. 52, 138, especialmente, 141 ss.; CHOCLÁN, 2009, p. 91 ss.; PASTOR, 2004, p. 119 ss., 145 ss. y 167 ss.; NAMER, 2002, pássim).

10. La jurisprudencia ha tenido el propósito de definir a la estafa, señalando: (a) la estafa es una defraudación por engaño (GJ n. 159 CS 1993, p. 115); (b) "(...) sin lugar a dudas que el acusado intentó engañar a un tercero, es decir, llevó a cabo una actividad simulante idónea, una mentira inserta en un despliegue engañoso externo, un ardid, maquinación o mise en scène, tendiente a producir un error o una falsa representación de la realidad en la víctima, en virtud del cual ésta dispusiera patrimonialmente (lo cual supone un acto de voluntad por el cual el afectado provoca una disminución de su patrimonio o del patrimonio de un tercero) con lo cual se pretendía provocar un perjuicio o daño o menoscabo en el patrimonio del afectado" (Stop de Santiago [2.°] 16.05.2008, RIT 48-08. Similar, Stop de Punta Arenas 26.02.2007, RIT 1.720-06); (c) "(...) estafa, es quien hace adoptar a otro, con ánimo de lucro, una disposición patrimonial que resulte perjudicial para si o para terceros mediante un despliegue de medios engañosos tendientes a provocar en la víctima el error acerca de la conveniencia de su decisión" (Stop de Punta Arenas 23.04.2008, RIT 14-08); (d) "(...) es un perjuicio ocasionado mediante engaño al patrimonio, con intención de enriquecimiento (...) la apropiación ilegítima de valores patrimoniales ajenos, de un modo gratuito y por medio de un engaño (...) es la disposición patrimonial perjudicial tomada por un error, el cual ha sido logrado mediante ardides tendientes a obtener un beneficio indebido (...) es la conducta engañosa que determinado error en una o varias personas, las induce a realizar un acto de disposición que se traduce en una consecuencia lucrativa para el agente" (Stop de Santiago [3.°] 18.06.2007, RIT 112-07).

11. La jurisprudencia también ha tratado de definir al engaño afirmando que consiste en (a) "(...) la falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre, inducir a tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras, razonamientos u obras aparentes o fingidas. Es el empleo del engaño lo que se denomina mise en scène. Este engaño debe ser idóneo, eficaz, suficiente, bastante o adecuado para que se produzca el error en la víctima, atendida sus circunstancias individuales" (Stop de Punta Arenas 23.04.2008, RIT 14-08); (b) En otro interesante fallo se ha expuesto que "(...) la acción típica defraudadora o engañosa, no es otra cosa que actos, hechos, maquinaciones, artimañas, artilugios, que inequívocamente reflejan la voluntad del agente para inducir directa y necesariamente a error a la víctima, quien a consecuencia de ello, efectúa una disposición, que le provoca un perjuicio patrimonial" (Stop de Talca 10.03.2009, RIT 105-08); (c) "E[l] engaño (...) es, en definitiva, faltar a la verdad al expresar algo o al ejecutarlo, para presentar la realidad con un aspecto distinto al que en verdad tiene o posee. El engaño puede consistir, entonces, en una maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o hacerla aparecer con características o cualidades que no tiene (simulación), u ocultando aquellas que efectivamente posee (disimulación)" (Stop de Santiago [3.°] 22.02.2008, RIT 02-08).

cio.[12] Por ello, es la doctrina y la jurisprudencia las que se han encargado de proponer un concepto y un esquema de sus elementos típicos. Ilustrativa es para la legislación chilena las definiciones que en su día formularon Antón en España y Soler en Argentina.

El primer autor[13] –en una clásica definición– nos dice que "estafa" es "la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero".

El Prof. Soler[14] –por su parte– construye la definición a propósito del art. 172 CP argentino[15] (que equivaldría al art. 468 CP chileno): "(...) no dice [diría] ni más ni menos que lo siguiente: *el que defraudare a otro mediante cual-*

12. Sobre este elemento la jurisprudencia chilena no es muy fecunda, limitándose a señalar lo siguiente: (a) *Se trata de un menoscabo o detrimento patrimonial que en el delito de estafa es "esencial"*, por todas, SCS 29.10.2002, Rol 1.364-01; SCS 22.08.2006, Rol 3.111-04; SCS 14.08.2007, Rol 2.979-07, SCS 31.03.2010, Rol 6.489-2008; GJ n. 41 CA de Santiago 1983, p. 56; RDJ T. LXV Secc. IV CS 1968, p. 105; SCA de Santiago 08.10.2010, Rol 2.039-2010; (b) *Que afecta el patrimonio individual*, por todas, GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Temuco 1950, p. 443; (c) *Que debe ser real y efectivo*, por todas, GJ n. 59 CA de Santiago 1985, p. 98; SCS 12.10.2004, Rol 2.570-02; GJ n. 41 CA de Santiago 1983, p. 56. *En contra*, –a nuestro juicio acertadamente– la Stop de Copiapó 19.06.2006, RIT 32-06, al exponer: "4) Perjuicio: puede ser definido como un daño o menoscabo en el patrimonio, el cual debe ser apreciable en dinero, pudiendo recaer tanto en cosas materiales como inmateriales. Además, bastaría en algunos casos que este perjuicio fuera potencial o eventual y no necesariamente se requiere de un perjuicio real". También habla de "perjuicio potencial", la sentencia de FM n. 56 CS 1963, p. 142; (d) *Que tiene que ser consecuencia inmediata y directa del engaño*, así, GJ n. 41 CA de Santiago 1983, p. 56. Similar, la SCS 28.01.2009, Rol 697-08, al sostener que respecto del perjuicio se exige que sea real y efectivo y no una mera posibilidad; y que debe ser patrimonial, real y causado por el engaño, o sea, debe menoscabar los derechos patrimoniales del sujeto pasivo, como directa consecuencia del ardid, simulación, abuso de confianza u otra superchería del victimario; (e) *Que no se trata de una condición objetiva de punibilidad, sino de un elemento del tipo penal*. A estos efectos llama la atención la Stop de Santiago [7.°] 27.11.2006, RIT 327-05, donde se señala también que si el perjuicio no logra concretarse podríamos estar frente a un delito de ejecución imperfecta, pero no frente a una cuestión de atipicidad; y, por lo anterior, (f) *El perjuicio no desaparece por el pago posterior de la suma defraudada ni por declaración expresa de haber sido reparado*, así, SCA de Temuco 16.10.2006, RIT 988-06.

13. ANTÓN, 1958, p. 57.

14. SOLER, 1992, p. 345, nota 2.

15. "Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza

*quier ardid o engaño*", señalando que el problema no consiste en interpretar analógicamente los distintos enunciados ejemplificativos descritos en la norma, sino en fijar el concepto de ardid o engaño, porque la fórmula utilizada por la norma "cualquier otro engaño" debe tratarse también de un ardid.

Para concluir la exposición del *problema* que se pretende abordar en esta investigación, debe afirmarse que la estafa presenta dos *aspectos importantes*: de un lado, el *perjuicio patrimonial* (la lesión del patrimonio) y, por otro, el *engaño* (la instrumentalización del acto de disposición). De esta manera, de acuerdo con la importancia asignada a cada elemento, emergen las diferentes concepciones de este tipo –es decir, si el injusto de la estafa deriva en considerarlo como delito patrimonial o como delito contra la libertad de disposición–.[16]

Precisamente, a partir de esto último, vamos a exponer la *hipótesis* a partir de las cuales se cimentará este trabajo: para la mayoría de la doctrina[17] y jurisprudencia[18] iberoamericana entre los diferentes elementos típicos del delito de estafa se exige una *relación de causalidad*, de forma que el error sea consecuencia del engaño, el acto de disposición del error, y el perjuicio emanación del acto de disposición.

Por lo que cabría preguntarse si al día de hoy esta solución es *político-criminalmente* conveniente, es decir, si responde esta propuesta a todos, o de forma menos pretenciosa, a "la mayoría" de los supuestos problemáticos que plantea la realidad de los negocios contemporánea.

Aquí nos encontramos frente a un dilema,[19] pues puede sostenerse que las doctrinas de la relación de causalidad no son eficientes para delimitar el engaño

---

o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño."

16. PASTOR, 2004, p. 49.

17. Por todos, MUÑOZ, 2010, p. 429-430; BAJO, 2004, p. 40; QUINTERO, 2011, p. 80; ETCHEBERRY, 1998, p. 392; DONNA, 2001, p. 273; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 49.

18. En esta dirección, el TS ha manifestado que es preciso que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el desplazamiento patrimonial que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquél ha de ser precedente o, al menos, concurrente al momento en que tal desplazamiento se origina. Por lo tanto, la jurisprudencia española exige que el engaño debe ser la causa del error; y, que el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial (STS de 22.09.2004; 01.12.2004. Similar, la jurisprudencia chilena. Por todas, Stop de Talca 10.03.2009, RIT 105-08; SCS 25.08.2009, Rol 5.259-08; Stop de Punta Arenas 23.04.2008, RIT 14-08).

19. GÓMEZ, 1985, p. 338 ss.; PÉREZ, 1995, p. 285 ss.; CHOCLÁN, 2009, p. 91 ss.; NAMER, 2002, p. 39 ss.

que exige el delito de estafa, pilar fundamental en un sistema "no alemán"[20] de este delito, como es el chileno.[21]

---

20. No se olvide que debido a la diferente "identidad normativa" que poseen los alemanes, en dicho país el principal filtro normativo de la estafa se sitúa en el perjuicio, no en el engaño. Por ello, al estudiar la literatura alemana sobre la estafa no es extraño percatarse que no se preocupan especialmente del engaño, y esta respuesta es sencilla: en Alemania, cualquier información que no se corresponda con la verdad podría ser constitutiva de estafa (TIEDEMANN, 1999a, NM 36 ss. Sobre esto, HERNÁNDEZ, 2003, p. 160 ss.; HERNÁNDEZ, 2010a, p. 10; BALMACEDA, 2009, p. 177 ss.; BALMACEDA; ARAYA, 2009, p. 20 ss.). Algo similar sucede en los sistemas anglosajones de la estafa, donde tampoco se exige "mucho" al engaño para ser típico. (Para el caso inglés, véase HERRING, 2006, p. 570 ss.; ORMEROD, 2006, p. 814 ss.; ORMEROD, 2005, p. 740 ss.; DOIG, 2006, p. 19 ss. y 42 ss.; en Estados Unidos, LAFAVE, 2003, p. 957 ss.). Para el estudio de los diferentes sistemas de tipificación de la estafa en la Unión Europea, PASTOR, 2006, pássim.

21. Como consideración general, tenemos que subrayar que dentro de los sistemas "latinos" se ha afirmado que el engaño constituye la esencia del delito de estafa, pues ofrece una ilimitada variedad de ejemplos, que son fruto del ingenio y de la picaresca que se da en la vida real. (Para el estudio de los rasgos criminológicos del engaño en la estafa, HENTIG, 1980, p. 59 ss., y 123 ss.) y, que se incardina en el seno de un pacto o relación contractual preparada con fin defraudatorio (no se olvide que el popularmente conocido en Chile "cuento del tío", a fin de cuentas, es un contrato). Inclusive, se ha manifestado que "Elemento característico del tipo objetivo de estafa –y que permite diferenciarlo de los demás delitos contra el patrimonio, puesto que le da fisonomía propia– es el engaño. Sin su concurrencia no se concibe la estafa, a tal punto que vulgarmente hasta se llega a identificar este requisito con el delito mismo". Así, ROMERO, 2007, p. 109. Similar, ARROYO, 2005, p. 22; MATA, 2007, p. 24; DONNA, 2001, p. 274; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 49; FINZI, 1961, p. 36; QUINTANO, 1977, p. 589; ANTÓN, 1958, p. 61; YUBERO, 1993, p. 47; CABRERA; CONTRERAS, 2009, p. 41 ss.; SOLER, 1992, p. 345. *De igual forma se pronuncia la jurisprudencia chilena, por todas*, RDJ T. LXXXIV Secc. IV CS 1987, p. 86 (cuando manifiesta que el requisito "esencial" de la estafa es el engaño); GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Tacna 1901, p. 307 (donde se establece que el elemento diferenciador entre el hurto y la estafa es el "engaño". Similar, más de 100 años después, la Stop de La Serena 27.04.2009, RIT 174-07, establece que en el ilícito de estafa el que recibe la cosa se la apropia con el propósito de defraudar y engañar; en cambio, quien hurta toma o sustrae con la intención de apoderamiento de una especie mueble); GT 2 sem. Secc. Crim. CA de Iquique 1919, p. 661; GJ n. 130 CA de Santiago 1991, p. 76; GT 1 sem. Secc. Crim. CS 1919, p. 394 (que señala como elemento esencial del delito la "defraudación", es decir, "(...) una actuación idónea para engañar desarrollada con la finalidad de causar un perjuicio" –SCS 25.01.2000, Rol 4.622-99–); RDJ T. LX Secc. IV CS 1963, p. 217 (al decir que para poder cometerse el delito de estafa es esencial que medie un ardid, engaño o

Entonces, en estos supuestos *al derecho penal lo que le interesará será revisar la posibilidad de imputar objetivamente, esto es, "normativamente", el resultado al hecho típico que se ha llevado a cabo.*[22]

Dicho esto, entonces, la *hipótesis* que demarcará nuestro punto de partida –que desembocará, por supuesto, en los *objetivos* que desarrollaremos a continuación– consiste en que *parece imperiosa una normativización de los elementos del delito de estafa*. La tendencia de la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia chilena al interpretar *naturalísticamente* a la estafa, sobre todo a la luz del actual sistema procesal penal y las relaciones jurídico--negociales contemporáneas, creemos que conlleva a soluciones político--criminalmente desafortunadas.

Planteada nuestra hipótesis, ahora expondremos los *objetivos* de esta investigación. Nuestro *objetivo general* consiste en someter a examen el rendimiento de la Tesis Naturalística de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia chilena

---

maniobra dolosa); GJ n. 158 CS 1993, p. 78 (donde se sostiene algo sumamente importante –y que muchos al día de hoy todavía confunden, relegando estos casos a la justicia civil–: para que se configure la "estafa contractual" es indispensable la inducción al contrato mediante el engaño. En el mismo sentido, Stop de Punta Arenas 23.04.2008, RIT 14-08; Stop de Punta Arenas 20.11.2006, RIT 77-06; SCS 12.10.2004, Rol 2.570-02); SJG de La Serena 24.05.2004, RIT 83-02 (afirma que el engaño es el elemento "característico" de la estafa); Stop de Antofagasta 12.04.2008, RIT 27-08 (definiendo al engaño como "el astuto despliegue de medios engañosos"); Stop de Antofagasta 20.05.2008, RIT 69-08 (al manifestar que este tipo penal tiene como elemento básico la realización de una gestión engañosa para llevar a error a la víctima con el objeto que realice una disposición patrimonial que le cause perjuicio); SCS 28.01.2009, Rol 697-08 (que exige que el engaño sea fraudulento, serio y capaz, vale decir, se sostiene que cualquier engaño no basta, siendo preciso que tenga por fin inducir a la víctima a obrar de una forma determinada y que además debe ser de tal entidad que a través de él se pueda conseguir el fin previsto por el autor); SCS 25.08.2009, Rol 5.259-08 (donde se manifiesta que el engaño no puede consistir en una simple mentira, sino que en una farsa inserta en un despliegue engañoso externo, requisito que regiría para todas las hipótesis de estafa, entre ellas las contempladas en los arts. 468 y 473 del CP, preceptos que se distinguirían entre sí sólo por la gravedad o despliegue escénico del engaño, afirmándose que lo propio del art. 468 sería el ardid, maquinación o *mise en scène*, pero siempre a partir de ese umbral mínimo común); GJ n. 130 CA de San Miguel 1991, p. 82 (al decir que el elemento propio y característico de la estafa está constituido por el ardid o maquinación engañosa).

22. Como consecuencia inevitable, pues, la relación de causalidad solamente constituye un presupuesto desde el cual se tiene que afirmar la imputación objetiva del resultado (VALLE, 1987, p. 159-161; QUINTERO, 2011, p. 80).

sobre la Teoría General de la estafa, y proponer una *normativización* de los elementos de este delito, con el propósito de obtener fines preventivo-generales más eficientes, a la luz de la realidad jurídico-social contemporánea. Ahora, el objetivo general recién mencionado se desarrollará a través de los siguientes *objetivos específicos*: (a) recopilar, sistematizar y valorar la jurisprudencia de la CS existente desde el año 1841 hasta 2010, en relación con el delito de estafa; y, (b) analizar la literatura jurídica más importante existente en castellano, italiano y alemán relativa al delito de estafa con el propósito de identificar y sistematizar la normativización de los diferentes elementos de la estafa.

Por último, podemos decir que la *metodología* empleada en la presente investigación utilizará el método *histórico, dogmático, y comparativo*. El primero, resulta fundamental en nuestro estudio, pues el CP chileno en materia de estafa sigue al CP español de 1848, el cual, a su vez, sigue el sistema del CP francés de 1810.[23] Y precisamente aquí comienzan los supuestos problemáticos: este

23. El sistema vigente en Francia se define en el actual art. 313-1 CP, que dispone: "Es estafa el hecho de engañar a una persona física o jurídica, bien mediante el uso de un nombre falso o de una falsa calidad, bien mediante el abuso de una calidad verdadera, o bien mediante el empleo de maniobras fraudulentas, determinándola así, en perjuicio propio o de tercero, a entregar fondos, valores o cualquier bien, a prestar un servicio o a consentir un acto que le imponga una obligación o aceptar una descarga" (Disponible en: [www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/penal_textE.htm]. Última consulta: 07.03.2011). En el nuevo sistema también se exige una calificación del engaño a través de la cláusula "maniobra fraudulenta", pero de forma algo diferente a como se interpreta la puesta en escena en Chile. En efecto, en Francia existen dos casos expresamente previstos por la ley donde una simple mentira es suficiente para ser típica a efectos de la estafa (esto es, cuando se trata del nombre o calidad del agente; y el caso en que el interesado abusa de la confianza que inspira una verdadera cualidad suya). Fuera de los casos mencionados, se afirma que es necesario añadir a la mentira un hecho exterior o un acto material destinado a darle fuerza o crédito, siendo este hecho exterior precisamente el empleo de maniobras fraudulentas. Si bien es cierto que en el derecho francés, en principio, la mentira no puede bastar, no es menos cierto que la jurisprudencia reciente es más laxa, en el sentido que algunas decisiones se muestran poco exigentes sobre la maniobra fraudulenta necesaria para sancionar la mentira. A principios del siglo XIX, la doctrina y jurisprudencia francesa tenían la tendencia a mostrarse, de manera general, muy exigente sobre la importancia de las maniobras fraudulentas. Esta actitud obedecía a un razonamiento "civilista", puesto que a la época se trataba de un marco de derecho común. Consideraban que solamente la estafa podía constituirse si dentro de la naturaleza de los actos cometidos era de sorprender la vigilancia de alguien de inteligencia normal, esto es, de quien cuida correctamente sus negocios, asimilándolo al buen padre de familia del Código Civil. Aquí se puede constatar la confusión que existía en la época entre el dolo civil y la

sistema utiliza el denominado sistema "ejemplificativo", en contraposición del sistema de "definiciones generales". Por ello, no podemos discutir que el principal filtro normativo de la estafa en Chile se sitúa en el engaño y no en el perjuicio. No obstante, ¿por qué seguir utilizando el trasnochado sistema de la *puesta en escena* francés? En efecto, este procedimiento es tan amplio, que permite –en nuestro concepto– poder utilizar cualquier sistema para delimitar normativamente al engaño.

El *método dogmático* –por su parte– también nos va a proporcionar una inestimable ayuda. En efecto, al comenzar estaintroducción esbozamos que los cimientos de la construcción dogmática de la estafa en Chile se construyen a partir de la obra de Antón.[24] Y este sistema, según nuestro parecer, se podría sintetizar de la siguiente manera: (a) Los *elementos generales* del delito de estafa son el engaño bastante para producir un error, el acto de disposición patrimonial, perjuicio, ánimo de lucro, y el nexo causal; (b) La *simple mentira* no es un delito, ya que lo que la ley proscribe es una maquinación o puesta en escena que tiene por fin dar crédito a la mentira y estar destinada a engañar a terceros; (c) El *engaño* exige una relación directa y personal entre dos seres humanos; (d) El *error* es un elemento autónomo de la estafa. Se considera un elemento "psicológico", y consiste en una representación mental que no responde a la realidad; (e) La *disposición patrimonial*, en la configuración de la estafa, debería llevarse a cabo sólo por un error humano, entendiéndose por tal una acción u omisión –en sentido amplio– que cause la disminución del propio patrimonio o del ajeno; y, finalmente, (f) El *perjuicio*, entendido también como un elemento esencial, tiene que ser real y valorable económicamente.

Pretendemos proponer una *normativización de los elementos de la estafa*, con el propósito de hacer frente de manera coherente a los –reales– problemas que

---

estafa penal. Se afirma que siendo la finalidad de la estafa castigar aquel que abusa de otros, es efectivamente legítimo pensar que, al inverso, con mayor razón la perversidad del estafador es más reprochable cuando ataca a los menos lúcidos y es entonces en función de la capacidad de juicio concreto de cada víctima que debe apreciarse la suficiencia de las maniobras que lo engañaron. Debe quedar muy claro que en Francia a partir de la segunda mitad del siglo XIX el derecho positivo se ha fijado en que la suficiencia del engaño debe apreciarse en cada caso particular, esto es, en función de la concreta capacidad de resistencia intelectual y psicológica de la víctima en relación con la operación de que se trate, lo que no puede confundirse necesariamente con un nivel intelectual general que sea susceptible de ser batido en brecha por unas fuertes ganas, una fuerte pasión, una fuerte angustia etc. (Sobre esto, véase RASSAT, 2006, p. 142-143 y 145; CONTE, 2005, p. 317 ss.; VÉRON, 2004, p. 246 ss.).

24. ANTÓN, 1958, p. 56 ss.

presenta la sociedad contemporánea. Y, para ello, intentaremos a lo largo de la investigación construir nuestra interpretación en este sentido.

Finalmente, debemos tener especial cuidado con el *método comparativo*. Esto, debido a que tendremos que escoger un Ordenamiento extranjero que nos sirva de referencia puesto que identificar correctamente la identidad normativa de cada sociedad es fundamental en la construcción de la estafa –lógicamente, si nuestro propósito es obtener soluciones político-criminales coherentes con la realidad jurídico-social contemporánea "en Chile"–.

Con el propósito de ser consecuentes con el método expuesto, nos serviremos especialmente del derecho español, italiano y alemán, porque los ordenamientos mencionados han constituido un referente obligado para el derecho sudamericano en general y chileno en particular –subrayando, nuevamente, que la utilización de uno y otro va a depender del elemento concreto de la estafa de que se trate, puesto que su normativización puede variar obedeciendo a uno u otro sistema–.

## 2. EL BIEN JURÍDICO

Tras esta discusión se esconden una serie de interrogantes que son concluyentes a la hora de conceptualizar la fisonomía denuestro delito –y, por supuesto, al momento de proponer su normativización–.[25] La *mayoría de la doctrina comparada* sostiene que el *patrimonio* es el bien jurídico de la estafa.[26]

---

25. Sobre este problema, con múltiples referencias, PASTOR, 2004, p. 25 ss., y 39 ss.; PASTOR, 2011, p. 230 ss.; GALLEGO, 2002, p. 103 ss.; ZUGALDÍA, 1988, p. 52 ss.; HUERTA, 1980, p. 29 ss.; DE LA MATA, 2006, p. 205 ss.; FIANDACA; MUSCO, 2005, p. 3 ss.; TIEDEMANN, 1999a, NM 18 ss.; LACKNER, 1988, NM 4; HERNÁNDEZ, 2008, p. 195 ss.; BALMACEDA, 2009, p. 146 ss.; DONNA, 2001, p. 266 ss.; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 42 ss.

26. Véase por todos, en España, ANTÓN, 1958, p. 58; QUINTANO, 1977, p. 619; MUÑOZ, 2010, p. 428; BAJO, 2004, p. 15; GONZÁLEZ, 2005, p. 506-507; VIVES; GONZÁLEZ, 1996, p. 1213; VALLE, 1987, p. 84; CHOCLÁN, 2009, p. 43; CONDE-PUMPIDO, 1997, p. 34; GUTIÉRREZ, 1991, p. 214 ss.; MAGALDI, 2004, p. 741; PASTOR, 2004, p. 29-30, 50 y 55; PASTOR, 2011, p. 230-231; BACIGALUPO, 2007, p. 146 ss.; ARROYO, 2005, p. 14-15; en Chile, POLITOFF et al, 2005, p. 414; HERNÁNDEZ, 2003, p. 171; ETCHEBERRY, 1998, p. 287 ss., y 399; SILVA, 2005, p. 119; BALMACEDA, 2009, p. 142; en Italia, FIANDACA; MUSCO, 2005, p. 165; MANZINI, 1963, p. 605 ss.; PEDRAZZI, 1955, p. 70 ss.; en Alemania, TIEDEMANN, 1999a, NM 18 ss.; CRAMER; PERRON, 2006a, NM 2; CRAMER; PERRON, 2006b, NM 1; LACKNER, 1988, NM 4; en Argentina, DONNA, 2001, p. 263; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 39; FINZI, 1961, p. 18; ROMERO, 2007, p. 217 ss.

Esta postura exige un *perjuicio patrimonial* como resultado[27] –que se interpreta diferentemente según la concepción del patrimonio seguida–[28] y, también, una instrumentalización de la víctima a través del engaño –como elemento necesario para imputar el perjuicio al comportamiento del autor–.[29-30]

La *lesión* al patrimonio consiste en su disminución económica. La determinación de esta disminución es un tema bastante discutido. Para dar solución a este problema adherimos a la mayoría de la doctrina española,[31] es decir, no

27. Sobre este punto, en especial para destacar la diferencia con los delitos contra la propiedad (como el hurto) es importante recordar lo apuntado por ZUGALDÍA, 1988, p. 26: "La diferencia más importante entre los delitos de apropiación y los delitos contra el patrimonio es que para los primeros se necesita un perjuicio para el patrimonio de la víctima (también las cosas sin valor económico se pueden robar), aunque casi siempre existe; mientras que para los segundos es requisito imprescindible para su penalidad la iniciativa o por lo menos un intento de perjuicio al patrimonio".

28. GALLEGO, 2002, p. 322.

29. Debe tenerse presente que para esta interpretación es diferente el "perjuicio", y la "imputación del perjuicio", lo que trae consigo las siguientes repercusiones: (a) la mera existencia de un acto de disposición involuntario no sirve para hablar de un delito de estafa, ya que ésta exige que la instrumentalización de la víctima sea idónea para conducir a un acto de disposición perjudicial; (b) esta interpretación comprende al delito de estafa como una autoría mediata tipificada en la que el instrumento y la víctima coinciden; y, (c) por último, la libertad constituye, por una parte, el objeto sobre el que recae la instrumentalización y, por otra parte, –para algunos, que no es nuestro caso– puede servir para determinar el perjuicio –sólo si se sigue una *concepción personal* del patrimonio– (en este último sentido, PASTOR, 2004, p. 50-51).

30. Pensamos que debería abandonarse la tesis de que también en la estafa se protege la *buena fe* en el tráfico jurídico –porque por ser un interés detrás del patrimonio no alcanzaría la categoría de "bien jurídico"–, ya que no existiría un "derecho a la verdad", porque el engaño –en sí mismo considerado– no poseería relevancia jurídico-penal, y porque la generalidad del derecho comparado no estima consumado el delito sino hasta la producción de un daño patrimonial. De otra manera, se produciría un indeseado adelantamiento de las formas imperfectas de ejecución, motivo por el que debería considerarse que el engaño en el delito de estafa cumpliría un rol delimitador de la conducta relevante a efectos del derecho penal, y, por tanto, serviría también para distinguir las diferentes acciones que atentan contra el patrimonio. En esta dirección, BAJO, 2004, p. 15-16; RODRÍGUEZ; SERRANO, 1995, p. 499; LACKNER, 1988, NM 4; CRAMER; PERRON, 2006a, NM 1; BALMACEDA, 2009, p. 144; DONNA, 2001, p. 265; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 41. En contra, ANTÓN, 1958, p. 57-58; MUÑOZ, 2010, p. 428; MEZGER, 1959, p. 238.

31. Véase, por todos, BAJO, 2004, p. 18-19, al decir: "(...) en el caso concreto de la estafa, es obligado distinguir entre el objeto material de la acción, que indudablemente sólo puede ser un elemento integrador del patrimonio, del bien jurídico protegido por el

habría más que estimar al patrimonio en su totalidad como *universitas iuris*, porque si el delito de estafa se consuma al momento del perjuicio patrimonial –y no cuando se lesione un derecho o elemento integrante del patrimonio–, debería ponerse atención en su totalidad, ya que solamente valorándolo antes y después de la lesión podría conocerse su valor económico.[32] En definitiva, en la estafa es *imprescindible* un perjuicio económico, cuya determinación a nuestro entender únicamente podrá considerarse valorando al patrimonio en su conjunto –como universalidad de derecho–, antes y después del delito, atendiendo al valor económico de sus componentes y a la importancia económica que en el conjunto pueda tener el menoscabo –ya que de esta manera se evitan problemas a la hora de una "compensación"–.[33]

A *nuestro juicio* el *ámbito del patrimonio* no se reduce al derecho real de propiedad, sino que podría recaer en cualquier otro elemento que lo integre –como bienes muebles e inmuebles, derechos reales y de crédito–. Por ello, *en la estafa se protegería al patrimonio en sentido amplio.*[34]

De esta manera, la *lesión* de un elemento integrante del patrimonio –como puede ser la propiedad, la posesión, un derecho de crédito etc.– únicamente sería considerada como estafa cuando pueda *constatarse* una disminución del valor patrimonial considerando al patrimonio en su *totalidad*, mientras que en otros delitos bastaría la lesión al elemento patrimonial para estimarlos consumados –como sucede en el hurto o en el robo–, pese a que el patrimonio, globalmente estimado, se mantenga igual o, incluso, resulte beneficiado.[35]

Teniendo presente nuestro punto de partida, ahora es turno de estudiar un *concepto de patrimonio*. Como no podía ser de otra manera, también es ampliamente *debatido* el concepto jurídico-penal de patrimonio a efectos del delito

---

delito, que no puede ser otro que el patrimonio desde una consideración global como *universitas iuris* (...)"; ANTÓN, 1958, p. 67; HUERTA, 1980, p. 45; BUSTOS, 1991, p. 193-194; ZUGALDÍA, 1988, p. 52 ss.; MATA, 2007, p. 28; en Chile, POLITOFF et al, 2005, p. 414; BALMACEDA, 2009, p. 145-146; en Argentina, DONNA, 2001, p. 266; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 42. En contra, VIVES; GONZÁLEZ, 1996, p. 1109-1110; VALLE, 1987, p. 88 y 229; MUÑOZ, 2010, p. 428; GONZÁLEZ, 2005, p. 506-507; MAGALDI, 2004, p. 742.

32. CHOCLÁN, 2009, p. 63 ss.

33. Así, GUTIÉRREZ, 1991, p. 219-220; POLITOFF et al, 2005, p. 414 y 434.

34. En el mismo sentido, GUTIÉRREZ, 1991, p. 215-216; GALLEGO, 2002, p. 25 ss., y pássim; DE LA MATA, 2006, p. 207; ZUGALDÍA, 1988, p. 52 ss.; BUSTOS, 1991, p. 189; SILVA, 2005, p. 112-113, y 119; BALMACEDA, 2009, p. 145; RENGIER, 2006, § 13 NM 1; JOECKS, 2005, § 263 NM 1.

35. En esta dirección, BAJO, 2004, p. 20; RODRÍGUEZ; SERRANO, 1995, p. 370 ss., y 500.

de estafa.[36] Por ello la doctrina adopta diferentes posturas, a saber: (a) una concepción jurídica,[37] (b) económica,[38] (c) otra mixta o jurídico-económica,

36. Este problema se enmarca en un debate más amplio que tiene por finalidad desentrañar los vínculos existentes entre el derecho civil y penal en la elaboración de los conceptos, y sobre el particular existen dos respuestas radicales: (a) por un lado, la estimación del derecho penal como un sistema sancionador que vigoriza enfoques jurídicos preestablecidos por otras ramas del derecho, de donde emana una completa accesoriedad de los conceptos penales respecto a las definiciones del derecho privado (como hace *Karl Binding*); y, (b) por otro, la teoría que concibe al derecho penal como una rama del Ordenamiento jurídico con funciones diferentes de las otras ramas del derecho, de donde emana la autonomía (total o relativa, dependiendo de la postura que se siga) del derecho penal en la elaboración de sus conceptos (sobre esto, PASTOR, 2004, p. 57 ss.).

37. A nuestro juicio podría elaborarse una crítica general a esta postura (así, TIEDEMANN, 1999b, NM 128; ASÚA, 1993, p. 57 ss.; HUERTA, 1980, p. 28 ss.), en el sentido de que existen expectativas de derecho –como la clientela, de vital importancia en el derecho mercantil– cuya defraudación puede tener grandes implicancias en el mundo del derecho y, por otra parte, no parece razonable constatar un delito de estafa tratándose de derechos patrimoniales que no sean valorables económicamente, ya que se cae en una subjetivización insostenible del delito en estudio (en este sentido, BAJO, 2004, p. 21-22). Sin embargo, algunos autores reconocen la utilidad de esta Tesis en tanto tiene el mérito de destacar que a la hora de elaborar los conceptos penales, es relevante tener a la vista las regulaciones de otras ramas del derecho. Como el derecho penal tiene sus propios fines, tiene que gozar de cierta independencia en la elaboración de sus conceptos; el principio de unidad del Ordenamiento jurídico configura ciertos límites jurídico-civiles a la definición penal de patrimonio, lo que no significa asumir una concepción civilista del patrimonio jurídico-penal, pero sí tomar en cuenta las valoraciones propias de dicha rama del derecho, ya que así se evitan contradicciones valorativas, proponiéndose un modelo de "accesoriedad valorativa", en virtud del cual la valoración negativa de una posición de poder emitida por el derecho civil obliga a excluir esa posición de poder del patrimonio penalmente protegido. Así, PASTOR, 2004, p. 33-34, 64 ss. No obstante, nos parece que debería tenerse presente que el*principio de unidad del Ordenamiento jurídico* no determinaría que todas sus partes (sistemas) se desenvuelvan con bases con las mismas finalidades, ya que *sería viable que un comportamiento desaprobado civil o administrativamente no lo sea penalmente*, justamente porque a pesar de la interrelación entre todos los sectores del Ordenamiento, no juegan los mismos principios ordenadores en cada uno de los mismos. Por ello, la lesividad ajustada a los delitos contra los intereses patrimoniales parece ser *completada* obligatoriamente por la afectación penalmente relevante –lesión o puesta en peligro– de dicho valor funcional (es decir, el resultado en sentido jurídico), lo que no siempre concernirá al razonamiento de afectación del objeto material (o sea, el resultado en sentido material). En este último sentido, GALLEGO, 2002, p. 98 ss.

38. La crítica más relevante a esta postura ella es que estima una estafa cuando el menoscabo económico es originado atacando un poder o señorío no tutelado en forma

y por último, (d) existen las teorías personales/funcionales del patrimonio.[39] El estudio de estas tesis excede el propósito de esta investigación. Por eso, nos avocaremos a la doctrina que creemos prudente para cumplir con el objetivo de esta investigación, esto es, la *Teoría mixta*.

Al respectodebemos manifestar que en la dogmática de la estafa se ha impuesto un *modelo económico* de patrimonio al que se le han incorporado *correctivos normativos*. Estos filtros se han creado con el propósito de eludir contradicciones valorativas –a las que se llega necesariamente si se sigue una tesis "pura" o "extrema" del patrimonio en sentido económico–. La normativización referida ha dado lugar a la *concepción dominante*,[40] esto es, el *concepto jurídi-*

---

jurídica. Así, se dice que acentúa el papel del engaño –desvalor de acción– y que menosprecia la importancia del desvalor de resultado –el perjuicio–. Se critica también por su imposibilidad de imputar la cosa a un titular con el único elemento del poder de disposición sin referencia alguna a criterios de índole jurídico (en este sentido, BAJO, 2004, p. 22). Dicho de otra manera, se puede señalar en contra de esta postura que, frente a la supuesta claridad que presumen sus postulados, ostentan una muy restringida potencia explicativa. De esta forma, en contra de lo que suele manifestarse en las explicaciones de esta concepción, si bien el concepto de patrimonio se establece según nociones económico-materiales, se adjudicaría un concepto jurídico para instaurar y relacionar la pertenencia patrimonial (en esta dirección, GALLEGO, 2002, p. 139-140; TIEDEMANN, 1999b, NM 132). Junto a la crítica aludida, verdaderamente, la primordial reprensión que se ha volcado en relación con la tesis económica extrema es la de su excesiva amplitud en la protección penal, que alcanza no sólo a escenarios económicos sin protección jurídico-civil, sino también a los contextos fácticos de contenido económico poseídos de forma antijurídica, con lo que existiría el peligro de incertidumbre jurídica y el de la existencia de contradicciones valorativas entre los diferentes sectores del Ordenamiento jurídico. Y es por este exceso en la protección penal el motivo porque se producen correcciones normativas que darán lugar a la tesis "jurídico-económica" del patrimonio (GALLEGO, 2002, p. 140-142). Así, un problema conexo a esta extrema objetividad se sintetiza en la "indeterminación" a la que puede conducir (en este sentido, GALLEGO, 2002, p. 145-146; ZUGALDÍA, 1988, p. 55; HUERTA, 1980, p. 33). Por último, metodológicamente esta concepción económica conjetura un abandono de la concepción civilista del "derecho subjetivo patrimonial", y en un sentido más amplio, la no dependencia absoluta de los conceptos extrapenales (así, LACKNER, 1988, NM 122-123, donde apunta que el derecho penal no puede emanciparse totalmente de las normas relevantes para la asignación jurídica de las cosas), lo que viene a relacionarse con una noción del derecho penal como conceptualmente autónoma del derecho civil (GALLEGO, 2002, p. 147).

39. Sobre estos problemas, con múltiples referencias doctrinales y jurisprudenciales, GALLEGO, 2002, p. 103 ss., 108 ss., 125 ss., 148 ss., y 177 ss.; DE LA MATA, 2006, p. 207 ss.; BALMACEDA, 2009, p. 146 ss.

40. Por todos, en España, ANTÓN, 1958, p. 68; CONDE-PUMPIDO, 1997, p. 38; BAJO, 2004, p. 23; VALLE, 1987, p. 82 ss.; HUERTA, 1980, p. 35 y 45; en Alemania, TIEDEMANN, 1999b,

*co-económico de patrimonio*, con un indiscutible *punto de partida* económico,[41] sustrayendo del ámbito de protección exclusivamente aquellas perspectivas que no son valoradas por el Ordenamiento jurídico.[42]

En virtud de la postura seguidael patrimonio debería entenderse –como hemos adelantado– en *sentido amplio*, es decir, como una suma de relaciones jurídico-patrimoniales que sean idóneas de valoración económica,[43] cuyo punto de partida para cuantificar el cómputo del perjuicio patrimonial –y éste es un elemento común con el concepto económico– consistiría en la comparación del valor del patrimonio antes y después del acto de disposición patrimonial.[44]

Por lo anterior, debería *rechazarse* la *concepción jurídica* del patrimonio[45] –inspirada por un pensamiento formal del bien jurídico-penal–[46] correspondiente a una época en que se estimaba al derecho penal como un Ordenamiento acéfalo con carácter secundario y dependiente del derecho privado. De la misma manera, debería dejarse a un lado la *concepción económica*, ya que tiene el defecto de poseer una excesiva amplitud que la hace perder su sentido práctico.[47]

No obstante, no comulgamos con cualquier Teoría mixta. Así, no parece adecuado solamente apreciar las posiciones económicas "jurídicamente reconocidas". A esta conclusión llegamos porque partimos de la base de que pertenece al patrimonio *todo bien* de naturaleza económica mientras posea una "apariencia jurídica", sin que sea importante su reconocimiento jurídico "efectivo" o "real", porque debe recordarse que todo Ordenamiento jurídico de nuestra órbita de cultura prohíbe las vías de hecho en la solu-

---

NM 132; CRAMER, 1968, p. 50 ss., y 100 ss.; CRAMER; PERRON, 2006b, NM 82; WELZEL, 1969, p. 372 ss.

41. POLITOFF et al, 2005, p. 297 ss., y 414 ss.; YUBERO, 1993, p. 60 ss.; BALMACEDA, 2009, p. 152 ss.

42. Sobre esta teoría, con múltiples referencias, ASÚA, 1993, p. 100 ss.; DE LA MATA, 2006, p. 209 ss.; GALLEGO, 2002, p. 148 ss.

43. VALLE, 1987, p. 83-84, 228-229 y 234; HUERTA, 1980, p. 35.

44. TIEDEMANN, 1999b, NM 161.

45. Sobre las críticas que se hacen al concepto mencionado, GALLEGO, 2002, p. 118 ss.; ZUGALDÍA, 1988, p. 54; HUERTA, 1980, p. 30 ss.; RODRÍGUEZ; SERRANO, 1995, p. 531-532; LACKNER, 1988, NM 121.

46. Sobre este tema, FERNÁNDEZ, 2004, p. 17 ss y 102; GONZÁLEZ-SALAS, 2001, p. 16 ss.; HORMAZÁBAL, 1991, p. 38 ss. y 54 ss.

47. Sobre esto, GALLEGO, 2002, p. 139 ss.; MARTOS, 1990, p. 25 ss.; ZUGALDÍA, 1988, p. 54-55.

ción de los conflictos y obliga al afectado a acudir al poder judicial, donde la *apariencia jurídica* se toma como base suficiente para otorgar derechos y exigir obligaciones.[48]

A pesar de que existen diferentes posturas que avalan las teorías mixtas, podemos percibir cierto *consenso*. El acuerdo a que hacemos referencia –y que tenemos que tener presente como base de la normativización de los elementos de la estafa– aludealo siguiente:[49] (a) integran parte del patrimonio los elementos que no tengan una *desaprobación* jurídica; (b) forman parte del patrimonio los elementos que tengan un *reconocimiento* jurídico; (c) son elementos del patrimonio los que cuenten con una *aprobación* por parte del Ordenamiento jurídico; (d) forman parte del patrimonio los elementos en los que existe *protección jurídica*; y, (e) por último, forman parte de él también los elementos que se definen en un *derecho subjetivo patrimonial*.

Nuestro concepto no se encuentra exento de *críticas* –las cuales, pese a todo, creemos que no tienen la entidad suficiente como para no seguir a esta postura, y las exponemos únicamente para tenerlas presente a efectos del debate– como las siguientes, a saber:[50]

a) Según la opinión de Pastor[51] –que obviamente no compartimos– estas tesis pueden tener la cara de satisfactorias –para solucionar los casos concretos que tanto la tesis jurídica como la económica no eran idóneas para responder por sí mismas–, pero, en definitiva, adolecen del defecto propio de toda construcción ecléctica, esto es, la combinación de principios jurídicos con otros de orden fáctico que se limitan de tal forma que ninguno de ellos termina aplicándose en plenitud.

b) Se ha señalado también que si tal postura se pretende como aparentemente objetiva, no puede poner atención a la realidad del daño patrimonial en los supuestos en que el valor de un bien no se capta si no se tiene en cuenta la situación específica (por ello, para no incurrir en contrasentidos injusti-

48. Así, en España, BAJO, 2004, p. 22-23; VALLE, 1987, p. 86 y 228-229; ASÚA, 1993, p. 64 ss.; ASÚA, 1995, p. 133 ss.; DE LA MATA, 2006, p. 210-211; DE LA MATA, 1995, p. 243 ss.; en Chile, POLITOFF et al, 2005, p. 414 y 435; BALMACEDA, 2009, p. 154. Pues bien, nos decantamos por una *apariencia jurídica*, o sea, creemos que basta con que el bien jurídico posea un cierto reconocimiento jurídico, aunque sea provisional, como sucede con las cosas que se poseen antijurídicamente (GUTIÉRREZ, 1991, p. 222).

49. Sobre este asunto, GALLEGO, 2002, p. 160 ss.; CRAMER; PERRON, 2006b, NM 84 ss.; TIEDEMANN, 1999b, NM 133 ss.; LACKNER, 1988, NM 127 ss.; BALMACEDA, 2009, p. 154 ss.

50. GALLEGO, 2002, p. 174 ss.

51. PASTOR, 2004, p. 39.

ficados, terminan adoptando criterios correctivos –objetivo-individuales–, de manera que la existencia del perjuicio ya no únicamente penderá de la mengua económico-contable del haber de su titular).

c) De otro lado, conceptualizar al patrimonio comenzando del elemento abstracto de una "mera suma de valor económico" –en opinión de sus detractores– no es capaz para fundar vinculaciones sociales (así, un concepto puramente económico podría tener sentido en una economía dirigida, organizada y de precios fijos, pero no en un sistema en el que los precios cambian atendiendo a la oferta y la demanda).

Para terminar con el estudio de esta postura, nos resta por manifestar que el *momento* en el que debe llevarse a cabo la *comparación* del patrimonio –en la estafa– para determinar el perjuicio patrimonial, es necesariamente el del acto de disposición patrimonial,[52] de tal forma que la posterior admisión por parte del autor de medidas encaminadas a la eliminación del perjuicio no deberían valorarse a efectos de su fijación[53] –ni de la posible presencia de una compensación de dicho perjuicio–, entretanto que sostenemos que sí deben tenerse en cuenta en el entorno de la responsabilidad civil derivada del delito, así como a efectos de la determinación de la pena[54] (por ejemplo, por la vía del art. 11 n. 7 CP chileno –que alude a la atenuante de procurarcon celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias–). De igual forma, menos aún corresponderían estimarse los aumentos y/o disminuciones de valor ulteriores.[55]

## 3. EL ENGAÑO: FUNDAMENTO PARA SU NORMATIVIZACIÓN

Un paso importante en la normativización de la estafa, –según adelantamos en la introducción– podría consistir en la aplicación de la *victimo dogmática*. Esto significa introducira la *responsabilidad* de la víctima en el estudio de la tipicidad, y con ello se podría favorecer al rechazo del sistema causalista –naturalístico– que estimaba al delito como un proceso unilateral de generación de un resultado lesivo.[56]

52. TIEDEMANN, 1999b, NM 161.
53. Ídem, NM 162.
54. GALLEGO, 2002, p. 338.
55. TIEDEMANN, 1999b, NM 162.
56. CHOCLÁN, 2009, p. 123 ss.; HERNÁNDEZ, 2010a, p. 20 ss.; PASTOR, 2010, p. 255 ss.

No obstante, la utilización del *principio de subsidiariedad* por parte de la victimo dogmática no parece correcta desde un punto de vista metodológico.[57] Entonces, podemos decir que el aporte que efectuaría dice relación con llamar la atención en que las posibilidades de *autoprotección de la víctima* podrían ser relevantes en la conceptualización de la conducta típica y, con ello, podría ser útil para delimitar los ámbitos de responsabilidad entre autor y víctima, en relación con los cuales debe ponerse atención en un marco más adecuado, es decir, en la *imputación objetiva.*[58] Sobre los deberes referidos volveremos a reflexionar en el próximo apartado (infra, n. 4).

Tradicionalmentese ha dicho que el engaño consiste en la "simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas".[59] Comprendido el asunto de esta manera, el *engaño* en la estafa debería ser la *causa*[60] –en el sentido de la Teoría de la condición– de la disposición patrimonial perjudicial.[61] Interpretar a este elemento de esta manera significaría –como hemos repetido algunas veces– significaría asumir un sistema meramente *naturalístico*. Hemos adelantado nuestro rechazo a esta solución. Por eso, estimados que se requiere el complemento de este sistema conforme con los requerimientos de la Teoría de la *imputación objetiva*.

---

57. En sentido similar, señalando que no puede ser un criterio decisivo, ARZT, 1984, p. 105 ss., donde expone –con acierto– que, por regla general, la victimo dogmática no puede tener como consecuencia la impunidad, sino una mera "atenuación" de la pena. Este criterio parece también acertado en Chile, por aplicación del art. 69 del CP, que dispone: "Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito".

58. PASTOR, 2004, p. 117-118; BALMACEDA, 2009, p. 171 ss.; BALMACEDA; ARAYA, 2009, p. 14 ss.

59. ANTÓN, 1958, p. 61.

60. En este sentido, la jurisprudencia española manifiesta que se exige un "engaño antecedente", es decir, que el delito de estafa requiere un engaño precedente o concurrente, señalando que es la espina dorsal de la estafa (véase STS 30.10.1997; 07.11.1997; 04.02.1998; 17.07.1998; 01.03.1999; 20.01.2004).

61. No se olvide que la teoría de la condición tiene por base el hecho de que es causa del resultado "toda condición" que ha intervenido en su realización con indiferencia del cálculo de su proximidad temporal. Por ello, esta doctrina se conoce también con el nombre de "teoría de la equivalencia", ya que todas las condiciones del resultado se estiman como equivalentes. Buscar un comportamiento que ha condicionado causalmente un resultado se resuelve por medio del uso de la siguiente hipótesis: "es causal toda condición del resultado que, suprimida mentalmente, haría desaparecer el resultado". Para los seguidores de esta concepción establecer la causalidad como condición resulta suficiente para "afirmar la presencia del tipo objetivo" (véase BERDUGO, 2004, p. 219 ss.).

Las *consecuencias* que pueden derivar en el supuesto de no asumir esta última postura son muchas. Por ejemplo, en la estafa sería admisible solamente el dolo directo, y no habría estafa en los casos de la simple mentira, el engaño por omisión, o el engaño que recaiga sobre juicios de valoración. ¿Esto sería admisible a la luz de los problemas del mundo de los negocios contemporáneo? No se trata de aumentar los supuestos de punibilidad del delito de estafa. Lo que se busca es otorgar soluciones justas frente a los problemas reales que afectan a este tipo de criminalidad en la sociedad actual –con necesidades y formas de actuación bien diferentes a la sociedad de la primera mitad del siglo XX–. Es decir, cuando hablamos de soluciones "justas", el modelo adoptado perfectamente podría determinar la impunidad de supuestos bajo los cuales de acuerdo al modelo de la mayoría de la doctrina efectivamente sí se tratarían de casos de estafa. Por ejemplo, imagínese una muy elaborada puesta en escena tratándose de una hipótesis en que no se aumentado el riesgo permitido dentro del entorno mercantil.

Comenzaremos a desarrollar nuestra argumentación. El primer gran problema –que interesa al trasnochado debate de la diferenciación entre el fraude civil y penal–,[62] *consiste en que al engaño se le ha dado un protagonismo exagerado*, ya que, a fin de cuentas, el debate de la distinción de ilicitudes será, en definitiva, un problema de tipicidad[63] que tendría que solucionarse conforme a los elementos hermenéuticos tradicionales y, como se sabe, los tipos penales tienen que cumplir un objetivo político-criminal determinado, que habría de delimitarse conforme a una interpretación "teleológica". Dicho con otras palabras, al engaño se le ha otorgado un protagonismo desmedido, puesto que no existe un engaño civil y otro penal, sino que "conductas engañosas que, por cumplir las exigencias típicas, devienen penalmente relevantes".[64]

## 4. EL ENGAÑO: ESTAFA E IMPUTACIÓN OBJETIVA

Por todo lo anterior, una vez más repetimos que el problema de fijar la cualificación del engaño para determinar su relevancia jurídico-penal, debe

62. Ya en la segunda mitad del siglo XIX, ponía de manifiesto que este problema es arduo, y manifestaba que resultaba imposible una delimitación segura entre ambos ilícitos, GROIZARD, 1870, p. 7 ss.

63. En el mismo sentido, VALLE, 1987, p. 18, 40 y 75; BAJO, 2004, p. 70 ss.; HERNÁNDEZ, 2003, p. 158; GARRIDO, 2002, p. 317-318; BALMACEDA, 2009, p. 183 ss.; BALMACEDA; ARAYA, 2009, p. 25 ss.; DONNA, 2001, p. 277; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 51, nota 39.

64. GUTIÉRREZ, 1991, p. 342.

resolverse conforme a los *criterios de la teoría de la imputación objetiva*, cuyos rasgos esenciales analizaremos a continuación.[65]

*En primer lugar*, asumir una delimitación necesaria del engaño típico en sede de imputación objetiva, significa necesariamente que no es correcto afirmar el rechazo *a priori* de un engaño típico a efectos del delito de estafa que no implique una puesta en escena.[66]

*En segundo lugar*, –previamente– creemos que sobre este tema resulta sumamente relevante tener presente que el punto de vista desde el que se observe a la *víctima* cambia totalmente según se trate del juicio de imputación objetiva de la conducta o del resultado. En efecto, si se parte del primer juicio, debe tenerse como base un modelo de víctima para poder de esa manera construir la tipicidad desde un ámbito objetivo y, por esta razón, se tiene que dejar de lado las características de la víctima y del progreso causal. En cambio, en el juicio de imputación objetiva del resultado –que defendemos en este trabajo– son importantes las peculiaridades de la víctima: de hecho, debe ponerse atención en la víctima del caso concreto y en el proceso causal que realmente se originó.[67]

De esta manera, no existe entonces unanimidad en torno a lo que se entiende por "imputación objetiva", e inclusive todavía existen detractores de este juicio de imputación (sobre todo, desde la teoría final de la acción). Sin embargo, entendemos que la doctrina dominante entiende que el punto central de atención es el del juicio de *imputación objetiva del resultado*, tanto desde un punto de vista general como en relación al delito de estafa en particular, partiendo del siguiente supuesto:[68] asegurada la relación de causalidad conforme con la teoría de la equivalencia de las condiciones, deben agregarse criterios correctores de índole normativo que exigen la ejecución de un peligro por parte del autor y, que el mismo, no se encuentre cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo.

*En tercer lugar*, si la estafa –en cuanto delito de resultado– debe ser analizada conforme lo propugna la Teoría de la imputación objetiva, entonces, las

---

65. Sobre esto, CABRERA; CONTRERAS, 2009, p. 55 ss.; HERNÁNDEZ, 2010a, p. 13 ss.

66. Así, por todos, MUÑOZ, 2010, p. 431; QUINTANO, 1977, p. 596-597; VIVES; ANTÓN, 1996, p. 1224; ROMERO, 2007, p. 121; VALLE, 1987, p. 144-145; FERNÁNDEZ, 2005, p. 186 ss.; BALMACEDA, 2009, p. 184 ss.; BALMACEDA; ARAYA, 2009, p. 25 ss.

67. PASTOR, 2004, p. 147. Sobre este tema, en detalle, HERNÁNDEZ, 2010a, p. 10 ss.; MAYER, 2008, p. 381 ss.; PASTOR, 2010, p. 255 ss.

68. Por todos, MARTÍNEZ, 1992, p. 41 ss., 125 ss., 172 ss., 265 ss.; ROXIN, 1997, p. 342 ss.; MIR, 2006, p. 357 ss.

mismas deficiencias imputadas a las teorías causales en el ámbito del homicidio pueden ser objetadas en el ámbito de la estafa.[69] En este sentido, como delito de resultado, la estafa presenta características especiales que han de tenerse en cuenta al efectuar su examen de imputación objetiva.[70] De una parte, el proceso causal que fundará la producción del perjuicio económico aparece típicamente dispuesto en sus hitos cardinales;[71] y, de otro lado, es un delito que demanda la participación de la víctima en el transcurso ejecutivo.[72] En relación con este problema, podemos decir que pueden desprenderse las siguientes *consecuencias*:

a) Los hitos fundamentales del proceso causal del delito de estafa son: de un lado, la preparación del proceso causal que convergerá en el perjuicio económico que únicamente puede originarse por el engaño. De otra parte, algunas legislaciones representan explícitamente no sólo la acción y el resultado, sino que insinúan otro eslabón intermedio de la cadena: el acto de disposición patrimonial.[73] Ello significa que éste pueda ser examinado como resultado del engaño y como condición del perjuicio;[74] y

69. PÉREZ, 1995, p. 285-286.

70. Así, la jurisprudencia chilena ha manifestado que el engaño típico requiere haber generado un riesgo idóneo o típicamente relevante (analizado *ex ante* y conforme al hombre medio), al bien jurídico propiedad, imputable objetivamente al actuar doloso del sujeto activo (Stop de Santiago [2.°] 16.05.2008, RUC: 0700861460-6).

71. LÓPEZ, 1990, p. 219 ss.

72. En efecto, en relación con esto, la jurisprudencia española señala que si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, aquellos engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. También, manifiesta que cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello, ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo, que en opinión del TS, en realidad, es preponderantemente subjetivo (STS de 15.02.2005).

73. Expresamente se menciona este elemento en el art. 248.1 CP español. No sucede lo mismo en los arts. 640 CP italiano, 468 y 473 CP chileno, ni en el § 263 del CP alemán. No obstante, en estos últimos países se estima como elemento esencial, entendido como "elemento no escrito" (así, véase, en Alemania, WESSELS, 2009, p. 276 ss.; CRAMER; PERRON, 2006b, NM 54; en Italia, FIANDACA; MUSCO, 2005, p. 170, y 178 ss.; en Chile, POLITOFF et al, 2005, p. 418 y 433-434; BALMACEDA, 2009, p. 186, nota 256; BALMACEDA; ARAYA, 2009, p. 27, nota 62).

74. PÉREZ, 1995, p. 290 ss.

b) La existencia del acto de disposición muda a la estafa en lo que la doctrina designa como "delito de relación",[75] de forma que para el estudio de la imputación objetiva del resultado no sólo tendrán que examinarse las características del comportamiento del autor –el engaño–, sino también las que posea la participación de la víctima –el acto de disposición realizado por error–. Esto concebirá como substancialmente relevante el estudio del *fin de protección de la norma* en el delito de estafa.[76]

En este sentido, el TS ha declarado que, como último estadio de la imputación objetiva, adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que afirma constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al derecho penal.[77] Asimismo, ha manifestado que de acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma, no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que, con una mínima diligencia, hubiera evitado el menoscabo, pues como el tipo penal cumple sólo una función subsidiaria de protección y, un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien;[78] por último, el TS afirma que no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose que ello tenga lugar mediante un engaño "bastante".[79]

---

75. SALVADOR; SILVA, 1999, p. 99; PASTOR, 2004, p. 265.

76. Así, desde antiguo se viene comprendiendo al delito de estafa, para diferenciarlo del resto de delitos contra el patrimonio, como un delito que se caracteriza por constatarse una cooperación de la víctima del engaño (como hacen, por ejemplo, QUINTANO, 1977, p. 640 ss.; GONZÁLEZ, 2005, p. 513).

77. STS de 15.02.2005; 07.07.2005; 29.12.2005; 22.09.2006; 20.12.2006; 31.12.2008.

78. STS de 15.02.2005; 07.07.2005; 20.12.2006; 01.02.2007; 31.12.2008.

79. Para resumir, la jurisprudencia española al restringir el ámbito del engaño típico se ciñe a tu texto legal, afirmando que solamente es típico el engaño *bastante*, o sea, el que sea capaz de traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal, y además que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, capaz de mover la voluntad normal de una persona (STS 21.01.2002; 23.10.2002; 28.11.2004; 08.04.2003; 20.01.2004; 28.01.2004; 25.03.2004; 15.02.2005; 17.02.2005; 23.06.2005; 07.07.2005; 29.12.2005; 22.02.2006; 16.07.2008; 24.09.2008).

En este contexto, en conclusión, *al engaño lo concebimos como aquella conducta –cualquiera, inclusive la simple mentira– que pueda crear un riesgo típicamente relevante, para cuya idoneidad objetiva bastaría con que el mismo genere un riesgo típicamente relevante de producción de un acto de disposición por error que desemboque en un perjuicio patrimonial.*[80]

*En cuarto lugar*, conforme con lo que hemos apuntado, la determinación de la tipicidad del engaño requiere una valoración de su capacidad para provocar un error y estimular el acto de disposición patrimonial. Lo tradicional sería utilizar aquí la tesis de la adecuación, de donde se concluiría que se debería maniobrarcon una doblemedida, objetiva y subjetiva, de forma similar a como se concibe el deber de cuidado en los delitos imprudentes. No obstante, esta forma de proceder estimamos que debe renunciarse, y ser suplantada por el *juicio de pronóstico posterior objetivo*, conforme al cual se enjuicia, según la doctrina española mayoritaria, la idoneidad objetiva de una conducta para originar un determinado resultado.[81]

Asimismo, conforme a un importante sector de la doctrina española,[82] habrá que efectuar un juicio en relación con la probabilidad de que el engaño –la falta de verdad en lo que se dice o se hace con o sin puesta en escena–, estimado *ex ante*, origine un acto de disposición por error, basándose en las circunstancias conocidas o identificables por el hombre prudente en la órbita social del autor más los accidentes conocidos o reconocibles por el autor con base en sus conocimientos específicos, lo que no nos parece correcto, como veremos.

De esta forma, si una mentira es objetivamente idónea, *ex ante* considerada, para inducir a error estribará, de un lado, de que una alta cifra de contingen-

80. Similar, PÉREZ, 1995, p. 299; BALMACEDA, 2009, p. 187; BALMACEDA; ARAYA, 2009, p. 28; DONNA, 2001, p. 309 ss.; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 71.

81. VALLE, 1987, p. 164 ss., lugar en que explica al juicio de adecuación del engaño como primer elemento de la imputación objetiva del delito de estafa, sosteniendo la exigencia de no perder de vista las circunstancias verdaderas y específicas del engañado y, afirmando también, la idoneidad del engaño cuando el autor logra obtener el resultado en virtud de conocimientos individuales que le posibilitan un dominio especial del hecho. No obstante, tenemos que apuntar que el autor no es del todo claro, pues parece que las peculiaridades de la víctima tienen autonomía en el juicio de adecuación, separadamente del conocimiento que de ellas tenga o pudiera poseer el autor. Asimismo, ubica equivocadamente al principio de autorresponsabilidad, pues el mismo no incide en el juicio de adecuación, sino en la relación de riesgo y en lo que él denomina "esfera de protección de la norma en el tipo de estafa" (Véase PÉREZ, 1995, p. 297, nota 46).

82. PÉREZ, 1995, p. 293 ss., y 302 ss.

cias provocaría un error a un hombre medianamente prudente.[83] Sin embargo, la doctrina sostiene que hay que perfeccionar el modelo objetivo con uno subjetivo que establezca la idoneidad del engaño en función de las condiciones personales del engañado.[84]

En relación con este problema, quienes sigan la línea de Pérez[85] estimarían que esto no es completamente correcto, por tanto las circunstancias de la víctima únicamente podrían ser asumidas en el juicio de adecuación si son conocidas o identificables por el autor del engaño (y así, en los supuestos combatidos habitualmente del niño o el débil mental, se aseverará la idoneidad del engaño si son accidentes indagados y revisables por el autor, lo que sucederá en la mayor parte de los casos).[86]

*Por último y en quinto lugar*, a modo de complemento de lo manifestado más atrás, se constata también la circunstancia de que en el delito de estafa es relevante el papel de la víctima titular de ciertos *deberes de autoprotección*.[87] Incluso, se ha llegado a afirmar que el delito de estafa es un delito de "autolesión o de autoría mediata", utilizando como base el principio de "autorresponsabilidad" de la víctima.[88] Es decir, se trata de averiguar si la participación de la víctima –de vital importancia en el delito de estafa– distorsiona o no los criterios de imputación del error, o finalmente del perjuicio, a la conducta de engaño.[89]

Según lo que hemos afirmado poco más atrás, no creemos –como lo hace un sector de la doctrina española–[90] que el engaño, desde este punto de vista,

---

83. Así, aunque sin utilizar la terminología de la imputación objetiva, analizan el engaño conforme a parámetros semejantes, RODRÍGUEZ; SERRANO, 1995, p. 507, señalando: "En esta relación de adecuación han de tenerse en cuenta las circunstancias todas del caso concreto, entre ellas muy especialmente las que aprovecha o artificialmente crea el estafador para que el engaño encuentre un terreno abonado por la credulidad, v. gr., en relaciones anteriores sostenidas con el estafado".

84. Por todos, VIVES; GONZÁLEZ, 1996, p. 1220 ss.; BAJO, 2004, p. 33 ss. Hay que llamar la atención que sobre esto ya hace 50 años afirmaba FINZI, 1961, p. 40 que la intensidad del engaño no tendría medirse sobre la base de la prudencia mediana, sino que conforme con las condiciones intelectuales personales del engañado en cada en concreto (en el mismo sentido, DONNA, 2001, p. 277; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 52).

85. PÉREZ, 1995, p. 293, nota 29, y p. 297.

86. Así, TORÍO, 1982, p. 884.

87. En detalle, MAYER, 2008, p. 381 ss.

88. KINDHÄUSER, 2002, p. 83 ss.

89. GONZÁLEZ, 2005, p. 510-511; DONNA, 2001, p. 312 ss.; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 74 ss.

90. PÉREZ, 1995, p. 293 ss., y 302 ss.

será bastante –idóneo– para producir el error, cuando, examinado *ex ante*desde la perspectiva de un tercero imparcial, el comportamiento y sus circunstancias –especialmente los deberes de autoprotección que incumben a la víctima– supongan el riesgo que después se concreta en el resultado. Si bien es cierto que, de esta forma, se termina con el problema de la postura tradicional que, partiendo de un examen *ex post* de la relación engaño-error, casi siempre termina afirmando dicha relación de causalidad, pensamos que debería exigirse un requerimiento adicional: el fin de protección de la norma.[91] Por ello, el error no debería incluirse en el engaño, ya que conllevaría el absurdo de desvalorar en el tipo el comportamiento *sólo* en función de la diligencia de la víctima, su credibilidad, o educación. Entonces, la aptitud para generar el error determinará no la existencia del engaño, sino, en su caso, su "relevancia" jurídico penal.[92] En este sentido, el camino que nos parece más convincente será determinar el ámbito de protección del tipo de estafa, es decir, tendremos que orientar la función protectora de la estafa desde el bien jurídico tutelado,[93] donde se plantea el conflicto del significado de la conducta de la víctima para la delimitación del alcance del tipo delictivo (así, en este lugar nos parece que no debería exigirse a la víctima la conducta de un héroe o un santo, sino que una exigencia mínima dirigida a la autodefensa, cuando sea fácil de evitar el engaño por medio de una cómoda conducta dirigida a evitar la lesión del bien jurídico).[94]

Dicho con otras palabras, –para concluir y reafirmando lo que ya hemos manifestado– estimamos que para buscar si un riesgo cae o no dentro del ámbito del fin de protección de la norma,[95] debería ponerse atención en los deberes de autoprotección de la víctima, los que dependen de las pautas sociales en el caso concreto y de las relaciones que existen entre el sujeto activo y el perjudicado (como la capacidad y acceso a las posibilidades de autoprotección, la existencia o no de una relación de confianza, su debilidad o fortaleza etc.),[96]

91. En esta dirección, TORÍO, 1982, p. 883 ss.; VALLE, 1987, p. 163 y 168-169; CHOCLÁN, 2009, p. 97 y 108; BALMACEDA, 2009, p. 189; BALMACEDA; ARAYA, 2009, p. 30.

92. GUTIÉRREZ, 1991, p. 343-344.

93. VALLE, 1987, p. 171.

94. De esta manera, corresponde al intérprete determinar en qué casos el engañado merece el amparo de acuerdo con el sentido del tipo penal y cuándo deben desterrarse del ámbito de lo punible los comportamientos frente a los cuales el sujeto pasivo puede fácilmente protegerse a sí mismo y en forma razonable (CHOCLÁN, 2009, p. 123, 126 y 131-132).

95. CHOCLÁN, 2009, p. 137 ss.

96. Ídem, p. 297 ss.

es decir, en relación al relevante problema del engaño y su relación con el riesgo permitido, ya se ha expresado que para afirmar la tipicidad del engaño se requeriría que el riesgo creado o incrementado de producir error e inducir al acto de disposición debería constituir un riesgo no permitido.

## 5. EL ENGAÑO: NORMATIVIZACIÓN REFERIDA A INFRACCIONES DE DEBERES DE VERACIDAD

El engaño típicamente relevante como *infracción a deberes de veracidad*,[97] por su parte, utiliza un modelo de determinación en abstracto de la suficiencia del engaño.[98] Consecuente con la moderna normativización de la Teoría del delito, echa por la borda la estimación ontológico-causal de las estructuras típicas clásicas, enfocándose al tratamiento de criterios de imputación (de la conducta) puramente normativos, hondamente formalizados y totalmente ajenos a los aspectos empíricos.[99]

Se construye sobre el fundamento de que cualquier actividad realizada en sociedad necesita cierto grado de confianza para poderse llevar a cabo. Se afirma que su eliminación conllevaría estorbos insoportables en el ámbito mercantil. Por eso, la "confianza" sería propia de la experiencia, de forma que todos los comportamientos deberían orientarse a partir de las expectativas que se destinan a quienes interactúan en nuestro entorno.[100] Así, la función de la estafa consistiría en confirmar la confianza de la información entregada. Esto, siempre y cuando los sujetos se encuentren autorizados a fundarse en dichas informaciones conforme con criterios normativos de *distribución de competencias* construidos sobre el rol de cada uno en la interacción patrimonial específica.[101] Esta distribución de competencias se edifica tomando como punto de partida un modelo de decisión especificado *ex ante* a partir de las informaciones que se consideren importantes para que la víctima pueda tomar una opción, sin tomar en consideración sus

97. Por todos, PIÑA, 2006, p. 54 ss.; MAYER, 2008, p. 387-388; PASTOR, 2004, pássim; PASTOR, 2011, p. 233. Sobre esto, CABRERA; CONTRERAS, 2009, p. 53 ss.; HERNÁNDEZ, 2010a, p. 17 y 22 ss.; MAYER, 2008, p. 381 ss.

98. Con otra terminología, la Stop de Antofagasta 12.04.2008, RIT 27-08 afirma que tanto las relaciones civiles como de orden comercial deben estar gobernadas por el principio de la *buena fe*, especialmente cuando en las negociaciones la información proporcionada tiene la apariencia de ser verdadera para el hombre medio.

99. PASTOR, 2004, pássim, especialmente, p. 217 ss.; PIÑA, 2006, p. 54 ss.

100. PIÑA, 2006, p. 64 ss.

101. Sobre esto, CABRERA; CONTRERAS, 2009, p. 66 ss.

características psíquicas. Este modelo será el que se encuentre vigente en el mercado, porque estiman que el delito de estafa protegería al patrimonio como un poder jurídicamente reconocido en la interacción mercantil.[102] Así, el engaño se normativiza a través de la infracción de un deber de veracidad por parte del autor del engaño, que es correspondiente a un derecho a la verdad de la víctima, sosteniéndose la relevancia normativa del engaño en una competencia que se imputa objetivamente (gracias a la desorientación que se ha producido en la víctima).[103]

Finalmente, podemos decir que esta postura repite con insistencia que el derecho a la verdad no es el bien jurídico protegido en el delito de estafa, y no se libra de la necesidad de una "doble medida",[104] como sucede con la teoría tradicional dominante en España.[105]

---

102. PASTOR, 2004, p. 186 ss.

103. Ídem, p. 167 ss.

104. La concepción *objetivo-subjetiva* surge para determinar qué es un engaño penalmente relevante. Exige algo parecido a una "puesta en escena" del derecho francés, equivalente a lo que el modelo alemán denomina "acción concluyente". Según este sistema el engaño se mide, en primer término, de forma *objetiva*, exigiendo que la maniobra fraudulenta tenga un aspecto de seriedad y realidad suficiente para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia. No obstante, debido a que en la estafa se requiere por parte del engañado cierta credulidad, confianza y buena fe, la concepción en examen apunta que hay que completar este proceso con un módulo *subjetivo* que determine la idoneidad del engaño en función de las condiciones personales del sujeto pasivo. Es decir, se busca la idoneidad del engaño si se constata que el error se ha debido al engaño o, por el contrario, a algún comportamiento negligente de la víctima, pues, en estos últimos casos, estiman debe negarse la relación de causalidad y, por lo tanto, el carácter idóneo del engaño (por todos, BAJO, 2004, p. 34 ss.). De forma semejante, el sistema *italiano* exige la existencia de "artificios" o "insidias". Por *artificio*, se entiende la simulación o disimulación de la realidad apta para inducir en error a una persona a causa de la percepción de una falsa apariencia; en otras palabras, cada comportamiento efectuado aparentando lo que no existe, y que actúe sobre la realidad externa. Por *insidia*, por su parte, se concibe cada envolvimiento solapado de la psique ajena, apto para causar un error a través de una falsa apariencia, realizado por medio de un programa ingenioso de palabras destinado a persuadir y a orientar de modo desviante las representaciones y las decisiones ajenas. Finalmente, se dice que la diferencia entre los artificios y las insidias debería ser vista en el diferente grado de intensidad engañadora: la insidia, consistiendo en una maquinación solapada, causaría más fácilmente la inducción en error que con respecto del artificio, que solicitaría actos y palabras idóneas a transformar la realidad exterior (sobre esto, FANELLI, 1998, p. 29 ss.; LUCARELLI, 2002, p. 11 ss.; MAGGINI, 1988, p. 7 ss.; PEDRAZZI, 1955, p. 177 ss.; ZANNOTTI, 1993, p. 17 ss; ANTOLISEI, 2002, p. 353 ss.; FIANDACA; MUSCO, 2005, p. 172 ss.; MANTOVANI, 2002, p. 191 ss.; PECORELLA, 2006, NM 4 ss.).

105. BAJO, 2004, p. 42.

## 6. EL ENGAÑO: SU OBJETO Y FORMAS

Respecto al problema de si son viables o no como forma de engaño losjuicios de valor, un sector estima que, al contrario de lo que sucede en el derecho alemán,[106] no lo impediría el derecho español vigente y su jurisprudencia.[107] Según otros, habrá que someter también los juicios de valor al juicio de adecuación, y, por tanto, tendrían que analizarse las circunstancias del caso y el conocimiento que de ellas tenga o debiera tener el autor.[108] Para otro importante sector de la doctrina española, en principio no pueden constituir una modalidad de engaño, salvo cuando se sitúen fuera de la órbita de una mera "opinión", pues en esos casos se estaría presuponiendo falsamente la existencia de unos hechos, circunstancia que implicaría un

106. En contra, ROMERO, 2007, p. 115 ss.; BACIGALUPO, 2007, p. 166, SUÁREZ, 1997, p. 709. Sin embargo, la mayoría de la doctrina española aboga por su aceptación dentro del concepto de engaño, por todos, ANTÓN, 1958, p. 64; GONZÁLEZ, 2005, p. 511; RODRÍGUEZ; SERRANO, 1995, p. 502; GARCÍA, 2005, p. 27. En Alemania, TIEDEMANN, 1999b, NM 7 ss., expresa que los hechos versan sobre algo pasado o presente que se manifiesta en la vida real y que, por eso, pueden probarse. Por ello, apunta que deben excluirse las declaraciones sobre hechos "futuros" y las meras "valoraciones". En el mismo sentido, CRAMER; PERRON, 2006b, NM 8 ss., manifiestan que un comportamiento engañoso únicamente puede tener como punto de referencia unos "hechos", los que definen como todos los sucesos concretos, pasados o presentes, o las situaciones del mundo exterior y del fuero interno con cierta certeza objetiva. Finalmente, estos últimos autores rechazan como hechos los acontecimientos futuros, pero afirman que los conocimientos científicos que admiten conclusiones sobre hechos futuros hay que comprenderlos como hechos del presente.

107. A favor, por todos, ANTÓN, 1958, p. 61; GÓMEZ, 1985, p. 343. En Chile, FERNÁNDEZ, 2005, p. 190, señalando que no existe ningún dato en la legislación chilena (equiparándola a la italiana y española) que lleve a excluir del ámbito del engaño típico a efectos de la estafa, a los engaños consistentes en valoraciones. Similar, BALMACEDA, 2009, p. 190 ss.; BALMACEDA; ARAYA, 2009, p. 31 ss. Sobre este punto, el TS ha afirmado que en el concepto de engaño no se comprenden los hechos futuros ni los juicios de valor, porque sostiene que en la medida en que sólo los hechos pueden ser verdaderos o falsos, el objeto del engaño debe ser en todo caso un hecho. Y así, ha entendido que un hecho es algo que ha ocurrido o que existe, que ha llegado a ocurrir y llegado a ser realidad. En consecuencia, expresa que si el engaño se reduce a la afirmación de un hecho falso o al ocultamiento de un hecho verdadero relevante para la decisión del sujeto pasivo, quedan descartados como objeto de engaño los "hechos futuros" y los *juicios de valor*, en la medida en la que no son hechos, sin perjuicio de ciertas excepciones admitidas en la doctrina respecto de juicios de valor que comportan afirmaciones tácticas (STS 05.02.2004).

108. En esta dirección, GÓMEZ, 1985, p. 343; PÉREZ, 1995, p. 298.

incremento del riesgo permitido[109] –nuestro parecer lo desarrollaremos un poco más abajo–.

De otro lado, problemática resulta la relación existente entre el *engaño y la estafa por omisión*.[110] Tradicionalmente discute la doctrina si se puede engañar mediante una conducta omisiva, de manera que pueda considerarse típica a efectos del delito de estafa.[111]

Sobre estos temas (idoneidad de la omisión y de los juicios de valor a efectos de la estafa), a nuestro entender, *creemos que cualquier comportamiento podría constituir un engaño típico, siempre y cuando satisfaga las necesidades de imputación objetiva*, es decir, que sea idóneo para producir error –no siendo necesario que se produzca un estado de error "efectivo"–,[112] o sea, dependerá de la admisión o no del estado de error como exigencia típica, y si cabe o no dentro de la esfera de protección de la norma. En este sentido, el engaño podría producirse a través del habla o por medios escritos, por medio de conductas positivas, e incluso a través de gestos.[113]

Pero, más allá de estas dificultades, –en el supuesto que se superen–, lo realmente problemático en la práctica del delito de estafa será el establecimiento de la posición de garante de la que deba surgir el deber de información frente a la víctima.[114]

---

109. Así, BAJO, 2004, p. 43.

110. A favor, por todos, véase TIEDEMANN, 1999b, NM 51 ss.; GÓMEZ, 1985, p. 343 ss.; GONZÁLEZ, 2005, p. 511; ROMERO, 2007, p. 124-125; PÉREZ, 2005, p. 207 ss.; ANTÓN, 1958, p. 64-65; RODRÍGUEZ; SERRANO, 1995, p. 502; MUÑOZ, 2010, p. 431-432; SUÁREZ, 1997, p. 709; ETCHBERRY, 1998, p. 392 y 397; GARRIDO, 2002, p. 322; POLITOFF et al, 2005, p. 425; BALMACEDA, 2009, p. 191 ss.; BALMACEDA; ARAYA, 2009, p. 32 ss.; HERNÁNDEZ, 2003, p. 166, quien acepta únicamente como fuentes de la posición de garante a la ley y el contrato, señalando que debe excluirse como tal a la buena fe, aunque tenga reconocimiento legal; DONNA, 2001, p. 284 ss.; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 57 ss. En contra, por todos, QUINTANO, 1977, p. 600; VALLE, 1987, p. 172 ss.; SALVADOR; SILVA, 1999, p. 106 ss.; YUBERO, 1993, p. 120 ss.; declarando que es muy difícil constatarla, reduciéndola al ámbito civil, BAJO, 2004, p. 42-43.

111. La jurisprudencia chilena ha aceptado que se puede engañar mediante una conducta omisiva para el caso del art. 473 CP (*estafa residual*) (SCA Iquique 27.12.2007, Rol 129-07).

112. GÓMEZ, 1985, p. 333 ss. Véase infra n. 7.

113. Sobre el particular, nos parece que no cabe formular juicios generales a priori, ya que a fin de cuentas, el desarrollo de la Teoría del delito determinará, finalmente, lo que es o no penalmente relevante (de manera similar, pero en relación con los juicios de valor, GUTIÉRREZ, 1991, p. 345-346).

114. Nos parece que de forma general, se imponen en la doctrina las fuentes tradicionales de la ley –o reglamentaciones en general– y el contrato. Más problemático parece

Debe hacerse presente que si se estima a la estafa como *maquinación* (*mise en scène*), habría que rechazar su posibilidad omisiva y en forma de juicio de valor. Asimismo, y como regla general, en España se observa la tendencia a admitir el engaño en el caso de los comportamientos concluyentes –aquellos casos en que de forma tácita se lleva consigo la afirmación falsa de un hecho–,[115] y quienes rechazan los demás casos de omisión sostienen que son relegados al ámbito civil.[116] Por último, se reconocería la comisión por omisión cuando el sujeto tuviese el deber jurídico de informar y no lo hace.[117]

A esta altura del debate, pensamos que debería afirmarse que el engaño aisladamente considerado no aporta criterio alguno para juzgar lo típico y lo atípico. En este sentido, lo relevante no será el engaño, ni tampoco el engaño "bastante", sino el "engaño bastante para producir error en otro", el que deberá examinarse, como se ha defendido, de acuerdo a los filtros de la Teoría de la imputación objetiva.[118]

En conclusión, –como se adelantó más atrás– siguiendo a Gómez[119] a los efectos de la tipicidad de la estafa, el engaño será "toda aquella conducta tendente a generar error en otra persona, realizada con fines defraudatorios, e idónea para conseguirlo". Como se puede deducir de lo que hemos manifestado, nos encontramos frente a un tipo legal susceptible de recibir múltiples lecturas y, por ello, lo que signifique la creación de un riesgo desaprobado o el incremento del riesgo permitido, y lo que diga relación con el ámbito de protección de la norma,

---

efectuar una hipótesis de injerencia, por ejemplo, basada en la participación en el mercado, lo que redundaría en equiparar sin más la calidad de comerciante con la de garante. Asimismo, alguna vez se ha propuesto el principio de la buena fe como fuente de posición de garante, pero se lo ha estimado demasiado genérico y vago (sobre este problema, TIEDEMANN, 1999b, NM 66 ss.; PÉREZ, 2005, p. 211 ss., y 217 ss.).

115. Sobre el particular, el TS afirma que el engaño puede ser manifiesto o concluyente, y que existe engaño cuando el autor realiza una acción que por su significación social (acción concluyente) implica la afirmación de circunstancias que son relevantes para la decisión de la disposición patrimonial de la otra parte (STS de 21.10.1998). Asimismo, ha señalado que el engaño puede tener lugar no sólo a través de una acción manifiesta, sino también por medio de una acción concluyente, es decir, cuando el autor se comporta según determinados usos sociales y comerciales que implican una afirmación de ciertas circunstancias (STS de 03.06.2003).

116. Por todos, BAJO, 2004, p. 7 ss.

117. VIVES; GONZÁLEZ, 1996, p. 1218 ss.

118. Así, GUTIÉRREZ, 1991, p. 350-352. Similar, GARCÍA, 2005, p. 31 ss.; BALMACEDA, 2009, p. 184 ss.; BALMACEDA; ARAYA, 2009, p. 25 ss.

119. GÓMEZ, 1985, p. 338.

será un problema que, al final, se encontrará en manos del intérprete. Así, se excluyen de la tipicidad los engaños que generen un peligro jurídicamente irrelevante y aquellos que no incrementen el riesgo inexistente, por ejemplo, cuando nos encontramos frente a exageraciones comunes, inexactitudes socialmente toleradas, o cuando se empleen tópicos habituales en la publicidad.

## 7. EL ERROR: ¿ELEMENTO AUTÓNOMO?

A efectos del delito de estafa, tradicionalmente al error se lo ha comprendido como "una representación mental que no responde a la realidad",[120] o como un "conocimiento viciado de la realidad".[121] Se dice que debe ser consecuencia de un *engaño idóneo*[122] y, asimismo, que tiene que constituir la razón por la cual la víctima ejecuta el acto de disposición patrimonial perjudicial.[123] Así, como se exige que la potencial víctima "pueda conocer el error", un engaño dirigido a un sujeto que carezca de las facultades intelectivas "mínimas", que le impidan conocer la significación y efecto de sus actos, se debería calificar como hurto y no como estafa.[124]

En este lugar debe tomarse *postura* en relación al problema de si el error se presenta como un *elemento autónomo* del tipo de estafa,[125] producto del engaño y detonante del acto de disposición patrimonial lesivo, siendo imprescindible la constatación de dicho estado psicológico en la víctima a consecuencia del engaño; o bien, si lo requerido por la ley sería que la conducta engañosa sea,

120. ANTON, 1958, p. 65.

121. BAJO, 2004, p. 46.

122. En este sentido, para la jurisprudencia española el error del sujeto pasivo en el delito de estafa se define como la representación falsa de la realidad que se forma el engañado como consecuencia del engaño (STS 29.10.2004).

123. BAJO, 2004, p. 46.

124. DONNA, 2001, p. 301 ss.; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 65 ss. Confróntese STS de 04.04.1992. Asimismo, la jurisprudencia española afirma que se ha de producir un error esencial en la víctima, que le haga desconocer o conocer deformada o inexactamente la realidad, y que le lleve a emitir una manifestación de voluntad viciada, actuando bajo una falsa presuposición, que determina un fraudulento traspaso patrimonial (véase STS 30.10.1997; 07.11.1997; 04.02.1998; 24.03.1999; 04.05.1999; 16.07.1999; 06.03.2000; 01.03.2000).

125. De esta opinión, HERNÁNDEZ, 2003, p. 157, y 166 ss.; HERNÁNDEZ, 2010b, p. 202 ss.; GALÁN, 2005, p. 357, 362, 364, y 392 ss.; CHOCLÁN, 2009, p. 177 ss.; MAGALDI, 2004, p. 757; BACIGALUPO, 2007, p. 171-172, ARROYO, 2005, p. 30-31; ROMERO, 2007, p. 161 ss.; NÚÑEZ, 1998, p. 79 ss., y 96 ss.; GARCÍA, 2005, p. 36 ss.; DONNA, 2001, p. 273, 299 ss.; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 49, 63 ss.; MATA, 2007, p. 22.

*ex ante*, suficiente para lograr el error en otro, resultando irrelevante que en el caso concreto se produzca o no tal estado psíquico en la víctima.

Siguiendo a Gómez,[126] somos de la opiniónque no debería exigirse un "estado de error efectivo" de la víctima –por este motivo pensamos que no se trataría de un elemento "autónomo" de este delito–. Es decir, el error tendría que aparecer como un "punto de referencia" para una descripción típica adecuada del engaño, el que, sólo sería típico en la medida en que sea "idóneo para generar un error". –Por ello, sostenemos que el error cumpliría únicamente el papel de delimitar a los engaños típicos–.

De otro lado, debe resolverse el *problema* de si es viable o no afirmar la existencia de un error típico en caso de duda o sospecha *–ignorantia facti–* por parte de la víctima, lo que seguramente, en vista de la *opinión dominante* en materia de engaño, si bien son temas diferentes, posiblemente se resuelva en términos negativos, no obstante a la luz del derecho comparado pueda ponerse en duda.[127] Así, para un importante sector de la doctrina española[128] no se encuentra en estado de error el que duda, pero, sin embargo, se sostiene que la duda puede dar lugar al acto de disposición patrimonial y, en definitiva, al delito de estafa, y que tiene que excluirse la punición de supuestos en que se amplíe excesivamente el delito en examen –como los casos de adivinos o curanderos en que se produce un acto de disposición no por error, sino por caridad o curiosidad– porque, de acuerdo con la imputación objetiva, el perjuicio no sería imputable al engaño debido a que la conducta no ha incrementado el riesgo no permitido.

Es menester recalcar que no debería exigirse un "estado de error efectivo". Creemos que esta interpretación es perfectamente compatible con el principio de legalidad y es, a nuestro juicio, muy conveniente político-criminalmente, debido a la naturaleza de las relaciones actuales del tráfico jurídico-económico –a diferencia del derecho alemán, donde se exige expresamente la concurrencia del error en la víctima del engaño–.[129] La ventaja que parece tener esta forma de comprender el tipo de estafa consiste en que toleraría afirmar la tipicidad cuando el engaño sólo ha generado dudas, o una carencia absoluta de representación de la realidad que, conjuntamente con otras particularidades que

126. GÓMEZ, 1985, p. 333 ss.; En el mismo sentido, GUTIÉRREZ, 1991, p. 362 ss. Similar, PIÑA, 2006, p. 87; GARCÍA, 2005, p. 23; BALMACEDA, 2009, p. 192; BALMACEDA; ARAYA, 2009, p. 33.

127. Sobre la discusión en Alemania, confróntese TIEDEMANN, 1999b, NM 84 ss.

128. PÉREZ, 1995, p. 307 ss.

129. Sobre esto, GUTIÉRREZ, 1991, p. 291 ss.

concurren en la víctima, tenga eficacia para inducirla al acto de disposición, en menoscabo de su patrimonio o en el de un tercero.[130]

Por otra parte, existirían más argumentos para fundamentar esta solución, como son:[131] (a) desde el punto de vista del *bien jurídico*, la discusión político-criminal que la reconoce, y su proyección en la labor de interpretación de los tipos penales aboga también por la propuesta aludida; y, (b) además, la *función de motivación* que corresponde al tipo penal aportaría un argumento en relación con la conveniencia de esta solución: los tipos penales sólo pueden actuar en relación con las conductas, y no sobre resultados –lo que no quiere decir que tanto el desvalor de acción como el de resultado no tengan la misma importancia–, entonces, al tipo penal solamente le cabe motivar al individuo para que no realice una conducta evitable –dolosa o imprudente– que, considerada *ex ante*, sea peligrosa para algún bien jurídico-penal. Relacionado con lo anterior, la motivación que el tipo de estafa pretende se debería instrumentalizar por medio de una concreta prohibición de comportamientos –engaños idóneos– de los que se derivarían ciertos resultados –perjuicios patrimoniales injustos–.

De otra parte, se sostiene que el error tiene que darse en "otra persona", motivo por el cual existiría una "relación de alteridad".[132] En virtud de este criterio, se ha podido establecer la diferencia con el ilícito regulado en el art. 24 de la Ley 19.496[133] –publicidad engañosa–, ya que en esos casos la oferta se

130. Ídem, p. 298.

131. Ídem, p. 298 ss.

132. CORCOY, 2004, p. 569.

133. "Las infracciones a lo dispuesto en esta ley serán sancionadas con multa de hasta 50 unidades tributarias mensuales, si no tuvieren señalada una sanción diferente. La publicidad falsa o engañosa difundida por medios de comunicación social, en relación a cualquiera de los elementos indicados en el art. 28, hará incurrir al infractor en una multa de hasta 750 unidades tributarias mensuales. En caso de que incida en las cualidades de productos o servicios que afecten la salud o la seguridad de la población o el medio ambiente, hará incurrir al anunciante infractor en una multa de hasta 1.000 unidades tributarias mensuales. El juez, en caso de reincidencia, podrá elevar las multas antes señaladas al doble. Se considerará reincidente al proveedor que sea sancionado por infracciones a esta ley dos veces o más dentro del mismo año calendario. Para la aplicación de las multas señaladas en esta ley, el tribunal tendrá especialmente en cuenta la cuantía de lo disputado, los parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor, el grado de asimetría de información existente entre el infractor y la víctima, el beneficio obtenido con motivo de la infracción, la gravedad del daño causado, el riesgo a que quedó expuesta la víctima o la comunidad y la situación económica del infractor."

orienta a una cantidad indeterminada de personas, es decir, no tiene un "destinatario específico".

Finalmente, en relación con este problema, parece mucho más complicado el futuro de la dogmática de la estafa en un contexto de fuerte segmentación del trabajo en el seno de las empresas, donde la "decisión" de las mismas es la consecuencia de una sucesión de decisiones acotadas relativamente autónomas unas de otras, sin que sea del todo claro entonces el "dónde" y, con ello, sin tener certeza del "si", de un error típico, sin contar con los entorpecimientos adjuntos que concierne introducir en el estudio de lo que ya hemos manifestado sobre la *ignorantia facti* y la *duda*.[134]

## 8. RESULTADO TÍPICO: "ACTO DE DISPOSICIÓN PATRIMONIAL PERJUDICIAL"

### *8.1 El acto de disposición*

Antes de comenzar con el estudio del acto de disposición patrimonial, nos gustaría llamar la atención en el hecho de que la *mayoría de la doctrina*[135] acostumbra a estudiar como elementos autónomos a la disposición patrimonial y al perjuicio. Este sistema tiene el *mérito* de subrayar que cronológicamente puede no coincidir el momento de la disposición patrimonial con el perjuicio.

---

134. Al respecto puede consultarse TIEDEMANN, 1999b, NM 82, donde afirma que en virtud del principio de que quien sufre el error y el disponente deben ser la misma persona (es decir, que deben coincidir) depende como punto de partida del error de quien efectúa, en sentido penal, la disposición patrimonial perjudicial. Es decir, el que una empresa o persona jurídica a menudo, también se encuentre autorizada para efectuar una disposición patrimonial; y, en el caso de que el disponente y, además, los demás representantes o ayudantes que sufren el error, quienes preparan la disposición o colaboran a ella, en ese caso la regla es que sí haya una estafa, por vía de la autoría mediata, del engaño concluyente, y/o de la idea del disponente de que todo esté en orden. Asimismo, sostiene el autor que son problemáticos los casos en los cuales existe un error del disponente, pero en el que los representantes o ayudantes del disponente disponen de un conocimiento, lo que si el disponente dispusiera de ello, habría excluido el error. Asimismo, afirma que se puede transmitir la idea o el concepto del derecho civil, al derecho penal, de que se pueden imputar conocimientos ajenos sin poder de representación. Ello lo explica, porque manifiesta que se destaca correctamente respecto al problema similar de la estafa en triángulo, donde se traspasa una decisión a un tercero, y donde también tiene que haber el riesgo de una decisión negativa y, por ende, debe imputarse el error del tercero a la víctima. Sin embargo, termina el autor diciendo que ello no es válido en todo caso, pues debe distinguirse según el caso concreto.

135. Por todos, BAJO, 2004, p. 48 ss. y 49 ss.; MUÑOZ, 2010, p. 433 ss.; QUINTERO, 2011, p. 81.

Asimismo, recalca la necesaria intervención de la víctima en el delito. No obstante, *no debe olvidarse que el resultado de este delito no es doble sino único*: el acto de disposición patrimonial perjudicial.[136] De esta manera, únicamente a efectos de hacer más clara la exposición los estudiaremos por separado.

Con respecto al tema que estamos revisando, es imprescindible tener claro el papel que juegan los sujetos de la estafa. En una *hipótesis simple* de estafa tenemos al menos *dos sujetos*: uno que engaña[137] y otro, que producto del engaño incurre en error, que efectúa una disposición patrimonial y que padece un perjuicio.[138] Debe esclarecerse que cuando se habla aquí de "un sujeto" aludimos también, identificados con él, a todos los individuos que intervienen por él.[139] Realizada la puntualización precedente, la *interrogante* que puede surgir consiste en saber si en la estafa pueden participar más de dos sujetos. Aparentemente esto no es posible, y ésta es, al parecer, la opinión unánime en Hispanoamérica.[140]

La *conducta típica* puede ser realizada por *cualquier* sujeto,[141] es decir, por la persona física que utiliza el engaño idóneo del cual se deriva la disposición patrimonial lesiva.[142]

Aquí estamos aludiendo al "autor principal", aquel cuyo comportamiento pueda directamente ser subsumido en el tipo; aquel, "que observa la conducta

136. En el mismo sentido, GUTIÉRREZ, 1991, p. 433 ss.; BALMACEDA, 2009, p. 223 ss.

137. Para el estudio de los rasgos criminológicos del sujeto activo de la estafa, HENTIG, 1980, p. 153 ss., 181 ss.

138. HERNÁNDEZ, 2003, p. 153; HERNÁNDEZ, 2010b, p. 202 ss.

139. GONZÁLEZ, 2005, p. 513.

140. Por todos, en España, BAJO, 2004, p. 48. En Chile, por todos, GARRIDO, 2002, p. 328; en Argentina, DONNA, 2001, p. 308; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 76; ROMERO, 2007, p. 110 ss. y 201 ss.

141. Sobre esto, resulta sugerente apuntar que, bajo el aspecto criminológico relativo a la personalidad de los autores, el estafador es por lo general un individuo adulto que eleva su tendencia agresivo-apropiatoria por lo ingeniosa, insidiosa y no raramente fantasiosa manipulación de la realidad (una parecida tendencia a la alteración de la realidad que puede, a veces, traicionar torrentes psicológicos de la personalidad). A diferencia del ladrón, el estafador para conseguir su objetivo de enriquecimiento injustificado, lejos de atacar físicamente a las potenciales víctimas, recluta con ellas un tipo de contienda psicológica, por lo que la estafa ejemplifica una lucha partidaria con armas "espirituales". Por otro lado, existe una actitud de admiración que el público a veces manifiesta frente a las formas más geniales de estafa junto a una menor alarma social que esta figura suscita con respecto a las agresiones violentas del patrimonio ajeno (FIANDACA; MUSCO, 2005, p. 169).

142. GUTIÉRREZ, 1991, p. 319; BALMACEDA, 2009, p. 167 ss.

descrita en el tipo, bien ejecutándola por sí mismo, bien valiéndose de otro, al que instrumentaliza ejecutarla".[143] El autor, entonces, tiene que utilizar, con ánimo de lucro, un *engaño bastante* para producir error en otro, del que se derive el resultado típico.[144]

Para identificar en estos supuestos al(los) autor(es), delimitándolos de otros intervinientes, se tiene que tomar atención al aporte de cada uno en el caso concreto. Así, en esta materia tiene un rol relevante el criterio del "dominio del hecho",[145] que faltará en quien no actúe en forma dolosa y con ánimo de lucro, pero, no será autor aunque tenga el dominio del hecho, quien no lleve a cabo directamente la conducta engañosa típica, bien sea por sí solo, bien usando a otro como instrumento.[146]

Un tema diferente consiste en averiguar quién debe soportar el perjuicio. En la doctrina Hispanoamericana se acepta que puede ser un tercero diferente del engañado que ha efectuado la disposición patrimonial,[147] lo que no presume, en todo caso, que aquél tenga un poder de disposición en el patrimonio ajeno.[148-149]

---

143. GUTIÉRREZ, 1991, p. 320.

144. GONZÁLEZ, 2005, p. 508.

145. Recordemos que la teoría del dominio del hecho tiene su origen en el finalismo, y en su afirmación que en los delitos dolosos es autor quien domina "finalmente" la realización del hecho, de la misma forma que encuentra lo medular del comportamiento en el control final del hecho. Con posterioridad se ha impuesto como teoría objetivo-subjetiva, pues pese a que el dominio del hecho supone un control final (subjetivo), no requiere únicamente la finalidad, sino también una postura objetiva que delimite el efectivo (material) dominio del hecho. Así, puede resumirse el sentido de la teoría afirmando que es autor, porque posee el dominio del hecho, quien tenga dolosamente en su poder el curso del acontecer típico (MIR, 2008, p. 374 ss.).

146. GUTIÉRREZ, 1991, p. 327.

147. Por todos, GONZÁLEZ, 2005, p. 513; BAJO, 2004, p. 48; PÉREZ, 1998, p. 440, y 451; MUÑOZ, 2010, p. 434-435.

148. Véase, por todos, en España, ANTÓN, 1958, p. 66; en Chile, POLITOFF et al, 2005, p. 420; HERNÁNDEZ, 2010b, p. 202 ss.; en Argentina, ROMERO, 2007, p. 201 ss.; DONNA, 2001, p. 316; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 77.

149. Sobre este tema el TS ha dicho que no es necesario que conste la *identidad* del sujeto pasivo del engaño, es decir, que carece de relevancia que el sujeto pasivo del engaño haya sido identificado, cuando es indudable que tuvo que ser otra persona, distinta del acusado, la que realizó la disposición patrimonial perjudicial (STS 18.02.2005). Asimismo, ha expresado que la *víctima* ha de ser persona distinta de quien realiza el engaño, es decir, que el autoengaño resulta atípico, en determinadas circunstancias,

Sentado lo anterior, debe decirse que el *sujeto pasivo* de este delito es, entonces, el *titular*[150] del patrimonio afectado, respecto al cual no sería necesaria su identificación y, a *nuestro juicio* se comprende que el Estado no puede ser sujeto pasivo del delito de estafa, porque el patrimonio público se encuentra tutelado por otros delitos –como los de malversación de caudales públicos o los delitos contra la Hacienda pública–.[151]

Finalmente, debido a que en nuestra opinión el engaño típico no tiene por qué decir relación con una relación personal intersubjetiva, cuyo destinatario sea una persona física, no vemos ningún problema en que la víctima pueda serlo también una persona jurídica, ya que no se puede argumentar que carece de capacidad de acción, de culpa y de pena, porque no se discute en este lugar su capacidad para "delinquir", sino su capacidad para ser "engañada", lo que, si es admitido en todo el derecho, no tiene sentido que se niegue en la esfera penal. Además, en relación con la negación de esta posibilidad apelando al error, nos parece que no tiene por qué interpretarse al error como un estado psicológico o como una representación equivocada de la realidad. En efecto, se trata de una realidad innegable que una persona jurídica actúe en el tráfico jurídico por medio de personas naturales o de "máquinas", donde si el Ordenamiento jurídico le reconoce una voluntad negocial, no tiene por qué negarse que no pueda ser objeto de un engaño a efectos del delito de estafa.[152]

Entonces, es el engañado quien tiene que efectuar, como consecuencia de su error, una acción u omisión[153] que origine el menoscabo de su propio patrimonio o el de un tercero.[154]

---

cuando la identidad entre el sujeto activo y pasivo hace que el traspaso de los bienes no produzca un perjuicio apreciable para nadie (STS 29.07.2002). Finalmente, también se ha sostenido que en el delito de estafa tanto es sujeto pasivo del delito el sujeto que obra por un error al que ha sido inducido mediante engaño y realizó la disposición patrimonial, como el que sufre el daño patrimonial, que puede ser un sujeto distinto del que realizó la disposición patrimonial (STS 21.12.2004).

150. Para el examen de los rasgos criminológicos del sujeto pasivo de la estafa, HENTIG, 1980, p. 203 ss.

151. En este sentido, BAJO, 2004, p. 17; PÉREZ, 1998, p. 440, y 451; BALMACEDA, 2009, p. 170. En contra, GONZÁLEZ, 2005, p. 512, señalando que "Sujeto pasivo de la estafa puede ser, en principio, cualquier persona; incluso los entes públicos".

152. En el mismo sentido, GUTIÉRREZ, 1991, p. 502-503; BALMACEDA, 2009, p. 171. Véase supra n. 7.

153. Por quienes la entienden únicamente como una "acción", GONZÁLEZ, 2005, p. 513.

154. Como dice el TS: ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero (STS 01.03.2000).

Debe hacerse hincapié en que puede llevarse a cabo tanto de una forma activa como omisiva[155] y, que puede consistir tanto en entregar o gravar un objeto, como en prestar un servicio.[156-157] De esta manera, cuando hablamos de "acto de disposición"[158] en relación con el delito de estafa, debemos concederle un sentido amplio,[159] pues no debería utilizarse la expresión como equivalente a "negocio jurídico" o "declaración de voluntad", en el sentido que le otorga el derecho civil. Por ello, no habría que exigir que el disponente tenga facultad jurídica para disponer de los objetos involucrados.[160]

La relación que tiene el elemento en análisis con el engaño, saca a relucir una necesaria "identidad" entre el engañado y el disponente, que no tiene por qué mostrarse con el perjudicado –titular del bien jurídico–.[161] Dicho con otras palabras, *lo corriente será que el engañado sea el disponente y, a su vez, el posible perjudicado*. No obstante, en los casos de la denominada "estafa en triángulo", el engañado y disponente es el mismo sujeto, pero no se relaciona "directamente" con el perjudicado –hablamos de una *relación indirecta*, donde al menos tendrían que existir facultades aparentes de disposición–.[162] Pero, en todo caso, el disponente necesariamente tiene que ser el engañado.

Surge, asimismo, la interrogante de si la disposición patrimonial debe ser consciente, es decir, si se demanda que la víctima del engaño se percate que está disponiendo de su patrimonio. La *opinión dominante*[163] no exige dicho

---

155. En este sentido, VALLE, 1987, p. 215 ss.; DONNA, 2001, p. 314 ss.; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 76 ss.

156. Así, BAJO, 2004, p. 49.

157. En contra de incluir la prestación de servicios, GARCÍA, 2005, p. 38 ss., señalando que no son "algo de lo que se pueda disponer", sino una actividad que se efectúa a lo largo del tiempo, por lo que manifiesta que estos supuestos deben resolverse en sede civil.

158. Como ya se dijo, este elemento se menciona expresamente en CP español, pero no sucede lo mismo en el CP alemán, CP italiano, ni en el CP chileno. No obstante, en dichos países, se estima como un elemento implícito en el tipo (véase supra, nota 70).

159. Así, ANTÓN, 1958, p. 66; PASTOR, 2011, p. 230 ss.

160. En el mismo sentido, PÉREZ, 1998, p. 450-451; GONZÁLEZ, 2005, p. 513; VIVES; GONZÁLEZ, 1996, p. 1229; BALMACEDA, 2009, p. 224-225.

161. BAJO, 2004, p. 48; HERNÁNDEZ, 2010b, p. 202 ss.

162. CORCOY, 2004, p. 570; DONNA, 2001, p. 319 ss.

163. Por todos, TIEDEMANN, 1999b, NM 118 ss., quien opina que la consciencia de la disposición, en la práctica, sería la regla general, pero, asimismo afirma que es un elemento necesario jurídico-penalmente de la disposición. Su razonamiento consiste en que, teleológicamente, un engaño que se oculta a la víctima, ya en tal carácter, como afec-

elemento, entre otros motivos, porque desde un punto de vista político-criminal en tales supuestos la situación de la víctima es aún peor que la de la víctima consciente.

El acto de disposición tiene que aparecer como la herramienta que utiliza el sujeto activo para obtener el enriquecimiento injusto, es decir, tiene que ser capaz de causar el daño patrimonial.[164]

En último lugar, como en todo caso el disponente tiene que ser el engañado, de esta circunstancia se derivan dos *consecuencias*:[165]

a) En la estafa es el sujeto posiblemente perjudicado quien efectúa la entrega de la cosa al sujeto activo, sin conocer que esa entrega es perjudicial; y

b) Es el engaño previo al desplazamiento patrimonial el elemento que permite distinguir una estafa del delito de apropiación indebida.

## *8.2 El perjuicio patrimonial*

### *8.2.1 Introducción*

En este apartado nos dedicaremos a tratar de esbozar los elementos normativos que se estiman relevantes a la hora de interpretar el concepto de perjuicio en la estafa, a la luz de las necesidades de la política criminal contemporánea.

La doctrina chilena de la estafa no ha demostrado mayor interés sobre el tema.[166] La razón es simple y compleja a la vez: se trata de un problema de

---

tación al patrimonio, tal comportamiento es más peligroso y tiene un mayor injusto que un engaño en el que se oculta a la víctima únicamente el carácter perjudicial a su patrimonio; CONDE-PUMPIDO, 1997, p. 85; ROMERO, 2007, p. 196 ss.; VALLE, 1987, p. 214 y 217; BACIGALUPO, 2007, p. 173.

164. BAJO, 2004, p. 48.

165. CORCOY, 2004, p. 570.

166. Sobre algunos trabajos recientes e interesantes, véase SCHLACK, 2008, p. 261 ss., donde se construye un concepto de perjuicio patrimonial a partir de la Teoría mixta jurídica-económica; HERNÁNDEZ, 2008, p. 195 ss., donde se estudia el posible rendimiento de la normativización del perjuicio en la estafa bajo el prisma del derecho chileno (rechazándolo, por un problema de técnica legislativa), a la luz de la Teoría de la frustración del fin económico; BALMACEDA; PELLER, 2006, p. 185 ss.; BALMACEDA, 2009, p. 235 ss.; BALMACEDA, 2010, p. 106 ss. En los tres últimos se analiza también una posible normativización del perjuicio en la estafa, a la luz de la Teoría mixta jurídico-económica, y poniendo sobre la mesa (positivamente) la posible aplicación del concepto de "perjuicio en forma de peligro" en el derecho chileno.

*identidad normativa*. Si se revisa la jurisprudencia chilena sobre la estafa, no va a ser extraño que en su inmensa mayoría el juzgador se preocupe –quizá de forma exagerada– de forma casi exclusiva, sobre el engaño.[167] ¿Por qué? Debido al motivo recién esbozado. Por lo mismo, no es raro que la mayoría de la jurisprudencia alemana se preocupe del perjuicio en desmedro del engaño. No se trata de que existan mejores o peores sociedades. Cada una posee un rasgo que las diferencia y que las hace única o similares a un conjunto de ellas: su identidad normativa.

No obstante, esto no quiere decir que en la estafa exista un elemento más importante que otro. En efecto, ambos elementos –"perjuicio y engaño" o, si queremos ser respetuosos con la identidad normativa chilena, "engaño y perjuicio"– son igualmente relevantes en la configuración del delito.

### *8.2.2 Concepto de "perjuicio"*

El *perjuicio patrimonial* en el delito de estafa consiste en toda "disminución del patrimonio"[168] (determinada o determinable) –siempre valorable económicamente– del engañado o de un tercero,[169] debiendo en todo caso consistir en la realización del riesgo creado o aumentado por el engaño (que se encuentre dentro de la esfera de protección de la norma del delito de estafa).[170] Recordemos que se trata de un elemento del tipo, no de una condición objetiva de punibilidad (con todas las grandes consecuencias que ello trae consigo).[171]

Por último, recordemos que su papeles fundamental, no sólo para constatar la presencia del hecho punible,[172] sino también: (a) para comprobar la exis-

---

167. En el mismo sentido, VALLE, 1987, p. 18, 40 y 75; BAJO, 2004, p. 70 ss.; HERNÁNDEZ, 2003, p. 158; GARRIDO, 2002, p. 317-318; BALMACEDA, 2009, p. 183 ss.; BALMACEDA; ARAYA, 2009, p. 25 ss.

168. Véase supra, nota 9; BALMACEDA, 2009, p. 225 ss.; BALMACEDA, 2010, p. 106 ss.

169. ANTÓN, 1958, p. 67; BAJO, 2004, p. 49; POLITOFF et al, 2005, p. 434.

170. Véase supra n. 4.

171. Enérgica la Stop de Santiago (7.°) 27.11.2006, RIT 327-05, donde se señala también que si el perjuicio no logra concretarse podríamos estar frente a un delito de ejecución imperfecta, pero no frente a una cuestión de atipicidad.

172. Así, ANTÓN, 1958, p. 67, donde afirma: "Elemento esencial de la estafa es el perjuicio logrado o intentado (...). Engaño sin perjuicio no es estafa (...). El engaño, reprobable siempre dentro del orden ético, carece de sustancia delictiva si no hay perjuicio (...)".

tencia de una compensación;[173] (b) a efectos de la consumación;[174] y, (c) en la determinación la competencia territorial del Tribunal llamado a conocer del conflicto de relevancia jurídica.[175]

### *8.2.3 Procedimiento para la determinación del perjuicio*

En este lugar hay que ser consecuente con el concepto de patrimonio que se siga. A estos efectos, entonces, nos parece[176] que si la estafa se consuma en el momento de la disposición patrimonial lesiva, es en ese instante donde tiene que proceder la determinación del perjuicio.[177] Asimismo, para este

173. Debido a que una compensación redunda en la eliminación del perjuicio. Por todos, VALLE, 1987, p. 249 s.; POLITOFF et al, 2005, p. 434.

174. Ya que la consumación en el delito de estafa se ve condicionada por el efectivo y material detrimento patrimonial que sufre el sujeto pasivo, y no por la obtención de la ventaja económica a la que aspira el sujeto activo (GUTIÉRREZ, 1991, p. 454; ROMERO, 2007, p. 218 ss.).

175. Aunque la misma se determine por el lugar en que se efectúa la disposición patrimonial, la competencia territorial se guía por el lugar donde se consuma el delito, y no por el lugar donde principia el *itercriminis* (así, BAJO, 2004, p. 69).

176. Véase supra n. 2; BALMACEDA, 2009, p. 229 ss.; BALMACEDA, 2010, p. 109 ss.

177. En este contexto, tenemos que subrayar que el punto de partida para la determinación del perjuicio debe ser uno exclusivamente económico. *Derecho comparado*, el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) señala que este procedimiento debe estimar las circunstancias concretas del caso y las necesidades concretas de los individuos afectados, ya que en su opinión los objetos no tendrían el mismo valor patrimonial para todas las personas. Comenzando con esta delimitación, según el BGH, pese a la aparente equivalencia económica entre prestación y contraprestación, puede afirmarse un perjuicio patrimonial al menos en los siguientes supuestos: (a) cuando conforme a un tercero imparcial la prestación recibida es para la víctima total o parcialmente inutilizable de acuerdo a los fines del contrato o de otra forma soportable; (b) cuando la disposición patrimonial de la víctima la obliga a optar por medidas perjudiciales para su patrimonio, como cuando debe obtener un crédito a intereses; (c) cuando su disposición patrimonial acota a tal punto sus medios que pone en peligro el cumplimiento de otras obligaciones, presentes o futuras; o (d) cuando queda en situación de no poder seguir manteniendo su nivel de vida (sobre esto, HERNÁNDEZ, 2003, p. 182-183). Estos tres últimos grupos de supuestos se estructuran bajo el concepto de una afectación de la libertad de movimiento en materia económica (*wirtschaftliche Bewegungsfreiheit*), y han sido los más debatidos, en tanto que el primero (que alude a la inutilidad de la prestación) se ha consolidado sin problemas. Esta explicación es lo que se ha denominado como el componente individual o personal en la determinación del perjuicio (*individueller [persönlicher]*

procedimiento –siguiendo a Gutiérrez–,[178] creemos que debe ponerse atención en lo siguiente: (a) no debería atenderse a puros criterios económicos, sino también a la lesión de la posición jurídica del sujeto con respecto a la cosa; (b) no existiría perjuicio si la conducta tiene por objeto una cosa sin valor económico, aunque los daños morales sean compensables en sede civil; (c) las meras expectativas no constituyen un perjuicio; (d) la cosa poseída antijurídicamente pertenecería al patrimonio, pues, como el ladrón se lucra, y como la única forma de quitarle la cosa es por medio de vías lícitas, se admite la estafa con causa ilícita; (e) asimismo, la consideración del delito de estafa no puede quedar condicionada a la existencia de una ilicitud civil, ya que siempre que por medio del engaño se genere un menoscabo patrimonial con ánimo de lucro injusto, habrá estafa, aunque el estafado se propusiera también obtener un beneficio ilícito o inmoral;[179] y, (f) finalmente, cabe preguntarse si los criterios ha considerar para calcular la existencia y entidad del perjuicio deben analizarse desde un punto de vista objetivo o subjetivo.[180]

---

*Schadenseinschlag*) en la dominante concepción jurídico-económica del patrimonio en Alemania (sobre el particular, por todos, TIEDEMANN, 1999b, NM 177 ss.). El TS, por su parte, sostiene que las cosas deben valorarse por el precio medio de mercado, bien para determinar los límites cuánticos en orden a la calificación del hecho como delito o falta en determinadas infracciones patrimoniales, o la especial gravedad del daño, bien para precisar las cantidades indemnizatorias, o bien (en los delitos contra la salud pública) para imponer las multas etc. Pero, cuando para la determinación del quebranto económico, el objeto material del delito u objeto apropiativo lo integre precisamente el dinero, según el TS ya aparece determinado el perjuicio directamente, sin necesidad de ninguna especial operación que haga referencia al precio medio o de mercado (STS de 14.03.2003).

178. GUTIÉRREZ, 1991.

179. En relación con lo anterior, conforme con la postura del bien jurídico seguida (véase supra n. 2), no cabría duda de que forman parte del patrimonio los bienes obtenidos de forma antijurídica (sobre este problema, BAJO, 2004, p. 81 ss.; VALLE, 1987, p. 253; QUINTANO, 1977, p. 624 ss.; POLITOFF et al, 2005, p. 437 ss.), siempre y cuando esta antijuridicidad no constituya, a su vez, un injusto penal, e inclusive en este último caso, formarán también parte del patrimonio aquellos bienes, en los supuestos de prescripción del delito (GALLEGO, 2002, p. 281). *Mutatis mutandis*, la anterior argumentación nos sirve para aseverar la potencial existencia de responsabilidad penal, encontrándonos ante una estafa si el engaño es previo y se encuentran presentes el resto de elementos típicos (GALLEGO, 2002, p. 283-284).

180. Sobre este problema, nos parece que la posición objetivo-individual resulta la más adecuada, en el sentido de que existiría una disminución patrimonial no sólo cuando se produzca un detrimento en términos monetarios objetivos, sino también cuando

Así las cosas, –como ya se adelantó– la compensación eliminaría el perjuicio[181] y, por ello, el delito de estafa, y solamente habrá compensación cuando la pérdida de la cosa o de su valor económico sea subsanada con otro valor económico.[182]

Por último, y debido a que debe responderse a la pregunta sobre qué *instancia* es la que se encuentra legitimada para establecer que un bien o posición económica tenga valor económico (y la entidad de ese valor), se han brindado diferentes *alternativas*: (a) *en primer lugar*, la contemplación del patrimonio desde una postura abstracta, sin tomar en consideración a su titular, acudiendo al valor monetario de mercado; (b) *en segundo término*, existe una concepción subjetivista, en cuya virtud lo que sea y lo que valga el patrimonio lo decide su titular; y, (c) *finalmente*, se puede adoptar una perspectiva concreta o personal, que consiste en observar al patrimonio teniendo en cuenta al titular en cuanto ocuparía un concreto lugar en las relaciones económicas.[183]

---

se frustran los fines perseguidos por la víctima (por todos, ASÚA, 1993, p. 107, cuando dice: "El daño no puede quedar cifrado en la frustración de la pretensión subjetiva de una utilidad concreta, porque sería volver a lo que propugnaba la concepción jurídica. Lo que se protege no puede ser la obtención de la utilidad específica que el titular pretende, sino el mantenimiento de su potencial económico. Por ello será necesario conjugar el aspecto de la utilidad individual con el criterio económico del saldo global. La teoría objetivo-individual del daño patrimonial intentará combinar ambos aspectos delimitando el alcance del 'valor de utilidad' con baremos normativos que hacen referencia a otras utilidades posibles. Delimitación que presupone la existencia real de una contraprestación, esto es una transacción donde se han acordado prestaciones recíprocas, que efectivamente se han producido, pero insatisfactoriamente para la parte que fue víctima del engaño de la otra en cuanto a las características de utilidad"). En detalle, HERNÁNDEZ, 2008, p. 199 ss., SCHLACK, 2007b, p. 168 ss.

181. En contra, la SCA de Temuco 16.10.2006, RIT 988-06.

182. BAJO, 2004, p. 49-50.

183. Sobre esto, en detalle, PASTOR, 2004, p. 73 ss. La autora citada propone una perspectiva concreta o personal ajustada a la posición del titular en la relación económica, para lo cual, efectúa el siguiente razonamiento: sostener que solamente el mercado posee legitimidad para definir el patrimonio implicaría afirmar que debe imponerse al titular del patrimonio la racionalidad del mercado, entonces, en su concepto no se explicaría cómo si se supone que el patrimonio tiene que ser protegido porque otorga poder a su titular, en concreto se protegería contra su voluntad. Entonces, afirma que solamente desde una perspectiva concreta se puede explicar el hecho de que el valor de un bien no es inherente a él, sino producto de una interpretación, por ello, si la determinación del valor de mercado no tiene más límites que los impuestos por el derecho, en su opinión no tiene sentido que el titular del patrimonio no pueda manifestar

Sobre este tema creemos en una postura ecléctica, es decir, la *objetivo-individual*. Para quienes seguimos esta Tesis hay que tener en cuenta ciertos*criterios*, con el objeto de poder determinar la existencia de un perjuicio patrimonial en el ámbito de los negocios jurídicos no-unilaterales (o sinalagmáticos):[184] (a) El principio de compensación entre las contraprestaciones, de forma que si existe ésta, no hay perjuicio; y, (b) Si falla la compensación, habría que acudir al "principio de la determinación objetivo-individual del perjuicio" a partir de ciertas restricciones normativas. Estos criterios son los siguientes:[185]

1) La utilidad contractualmente prevista, expresa o implícitamente, en la transacción correspondiente (habrá perjuicio patrimonial si no se puede satisfacer).

2) La carencia de valor de uso de la contraprestación considerada de acuerdo a lo que puede estimarse útil para un sujeto económicamente razonable

---

una valoración distinta a la que reine en el mercado. Manifiesta que la dinámica de las relaciones mercantiles muestran que cuando los intervinientes expresan valoraciones vinculantes, éstas evidentemente son importantes en las relaciones económicas. Y en último lugar, sostiene que el reconocimiento de un punto de vista concreto o personal como legítimo no exonera la precisión de los presupuestos que deben concurrir en el caso concreto para sostener la relevancia de la valoración personal para la definición del patrimonio. Para ello, la autora sostiene que la personalización debe superar un filtro procedimental que garantice la obtención de una importancia intersubjetiva.

184. GALLEGO, 2002, p. 344 ss., especialmente, p. 357; SCHLACK, 2007a, p. 133 ss. Para el estudio del tema en los negocios unilaterales, SCHLACK, 2007b, p. 168 ss.

185. En opinión de GALLEGO, 2002, p. 351 ss., todas estas correcciones normativas deben poseer un incuestionable efecto en el tipo subjetivo, pues en su opinión el dolo típico debería abarcar también el conocimiento del déficit económico de las contraprestaciones, o de la falta de utilidad considerada en la transacción, o de la no posibilidad de transformación económica o reventa del bien recibido, o de su inutilidad. El efecto práctico de esta configuración del tipo subjetivo, señala el autor citado, es evidente; cuantos más requisitos deban integrar el dolo más difícil será comprobar su presencia en todos los supuestos y, por tanto, en hipótesis de ignorancia o error acerca de alguno de ellos (error de tipo) habrá impunidad por no estar regulada –generalmente– la incriminación imprudente en los delitos patrimoniales. A pesar de todas las críticas expuestas, en Alemania se ha establecido la "teoría objetivo-individual", mientras que en España la doctrina mayoritaria no parece admitir, salvo casos concretos, correcciones a la concepción jurídico-económica del patrimonio. Pero, en opinión del autor citado el principal cuestionamiento que cabe realizar a estas limitaciones normativas es que se echa de menos una fundamentación de los motivos por los que se deba recurrir a ellas, así como por los límites con los que trabajan, al mismo tiempo que no pueden superar las críticas que se dirigen contra las propias tesis económicas, tesis que son la base y punto de partida de esta doctrina. Similar, SCHLACK, 2007a, p. 133 ss.

situado en el lugar del afectado. De tal manera, que si la contraprestación fuese útil para un tercero en el mismo entorno (mercantil) no existiría el perjuicio patrimonial. Y,

3) Por último, la imposibilidad de otorgar a lo recibido otro uso razonablemente exigible para la víctima (donde habrá perjuicio cuando no sea viable que el afectado dé otro uso, exigible razonablemente –como la transformación o reventa del bien recibido– para recuperar el valor patrimonial).

### *8.2.4 ¿Perjuicio efectivo o en forma de peligro?*

Sobre esto ya nos hemos referido en otro lugar.[186] Nos gustaría recordar que el fundamento de nuestra argumentación se construye sobre la base de que estimamos que en este entorno se ha producido una grave confusión. En efecto, creemos que se ha sufrido una confusión conceptual en cuanto a que se insiste en que el "perjuicio potencial" constituye una figura de delito de peligro, cuando en realidad se trata de un delito de lesión. En este sentido nos parece que se puede, efectivamente, constatar un "perjuicio en forma de peligro", que no es lo mismo que un "delito de peligro".[187]

---

186. En detalle, BALMACEDA; PELLER, 2006, p. 185 ss.; BALMACEDA, 2009, p. 235 ss., y la bibliografía y jurisprudencia allí citada.

187. La *confusión conceptual* que a *nuestro juicio* existe obedece, en parte, a problemas terminológicos que existen tanto en la literatura hispanoamericana, como en donde ha surgido la doctrina más sólida de la figura en estudio, esto es, en Alemania. Así, la inmensa mayoría de la doctrina alemana ocupa el término "*schadensgleichen Vermögensgefährdung*", que se suele traducir –de forma simplificada– como "puesta en peligro" del patrimonio (véase GALLEGO, 2002, p. 386 ss.). Literalmente, quiere decir una "puesta en peligro del patrimonio equivalente al perjuicio" (véase HERNÁNDEZ, 2003, p. 173), pero sin embargo, esto no parece correcto desde un punto de vista técnico-jurídico a propósito del delito de estafa. En efecto, a primera vista, no se trataría de un "perjuicio" en sentido material, sino que de un "riesgo de perjuicio patrimonial" (en este sentido, por todos, FISCHER, 2008, § 263 NM 94). Esta afirmación nos parece que resulta falsa –como ya se hemos adelantado–, pues efectivamente nos encontraríamos en estos supuestos frente a un "perjuicio" –en sentido material– y, por ende, ante verdaderos "delitos de lesión". Una *opinión minoritaria* en la doctrina en castellano –a nuestro juicio correcta– habla, de forma similar a nosotros, de "puesta en peligro del patrimonio constitutiva de un perjuicio" (así, HERNÁNDEZ, 2003, p. 173). Sin embargo, creemos que el término es demasiado extenso a efectos prácticos y, asimismo, la expresión coloca un énfasis en la puesta en peligro, y no en el perjuicio. De otro lado, hay quienes hablan de un "perjuicio potencial" (por todos, ETCHEBERRY, 1998, p. 400; BULLEMORE; MACKINNON, 2007, p. 76). No obstante, como la voz "potencial" significa, según el Diccionario de la Real Academia, no

En este sentido también se manifiesta en Chile Etcheberry,[188] al decir que "(...) muchas veces un perjuicio meramente potencial es ya suficiente, por el daño que produce (...) En estrecha relación con dicho punto está la cuestión de la mera exposición a peligro del patrimonio".

En relación con este debate, el *argumento* propuesto por la mayoría de la Doctrina Hispanoamericana es comprensible, a primera vista, porque en todo el resto del derecho penal la puesta en peligro y la lesión constituyen escalones diferentes de la intensidad de afectación de un bien jurídico en el sentido de que la puesta en peligro es previa a la lesión. No obstante, debería constatarse una *diferencia* en aquellos delitos que tengan como bien jurídico protegido al patrimonio, pues *cabría en ellos cualquier afectación negativa al patrimonio (bajo un punto de vista económico) como perjuicio del mismo.*[189] El perjuicio en forma de peligro se sitúa (exactamente) en un punto intermedio entre un delito de peligro concreto y un delito de lesión, pero no obstante, por aplicación del principio de legalidad, habría que inclinar su aplicación hacia el segundo, donde debería delimitarse en ese entorno.[190]

Para admitir un perjuicio patrimonial en estos casos, tendríamos que admitir su presencia por el mero hecho de *contraerse* una obligación,[191] pues,

---

sólo aquello "que tiene la virtud o eficacia de otras", sino también lo "que puede suceder o existir, en contraposición de lo que existe", de esta manera, entra en juego un elemento de incerteza y futuro que no tiene nada que ver con el concepto que analizamos, pues en *nuestra opinión* lo que es incierto y futuro es la «existencia» de un perjuicio efectivo, no de un perjuicio en el sentido del delito de estafa. En la literatura alemana se ha propuesto por algunos autores la denominación de "*schadensdarstellende Vermögensgefährdung*" –puesta en peligro del patrimonio representante de un perjuicio– (RIEMANN, 1989, p. 7), expresión que posee los mismos problemas que la expresión más utilizada en dicho país, esto es, la de "*schadensgleichen Vermögensgefährdung*" (en este sentido, HEFENDEHL, 1993, p. 130). También se ha propuesto el término "*schädigende Vermögensgefährdung*" –puesta en peligro que perjudica al patrimonio–, denominación que a nuestro juicio continúa colocando un énfasis en la "puesta en peligro" y no en el "perjuicio" (así, HEFENDEHL, 1993, p. 130). Parece ser que la expresión que mejor expresa la naturaleza de la figura sometida a examen, que sería un peligro que ya constituye un perjuicio, es la del "perjuicio en forma de peligro", que equivale al termino alemán de "*Gefährdungsschaden*" (propuesta en FISCHER, 2008, § 263 NM 94; KINDHÄUSER, 2005, § 263 NM 186).

188. ETCHEBERRY, 1998, p. 400.

189. RIEMANN, 1989, p. 9-10.

190. HEFENDEHL, 1993, p. 131.

191. Cómo lo hace la doctrina prácticamente unánime en Alemania, por todos, TIEDEMANN, 1999b, NM 173; RENGIER, 2006, § 13 NM 83; CRAMER; PERRON, 2006b, NM 237. Sobre

comenzando a partir de un concepto jurídico-económico del patrimonio, que siempre tiene como punto de partida un punto de vista *económico*,[192] debería sostenerse que dicha acción posee ya un *valor* económico indudable,[193] debido a que nos parece que *al patrimonio hay que comprenderlo en sentido amplio, esto es, como una suma de relaciones jurídico-patrimoniales que sean idóneas de valoración económica*,[194] *donde bajo un punto de vista económico lo relevante no es el derecho subjetivo, sino que la "posición de dominio" que existiría detrás de él.*[195]

De esta manera, creemos indiscutible que nadie va a comprar una pretensión del acreedor al valor nominal o normal cuando el deudor tenga problemas de solvencia.[196] Al mismo resultado puede llegarse también a partir de un punto de vista "jurídico", donde debe entenderse como perjuicio al nacimiento de obligaciones, donde la víctima se ve gravada por una "pretensión jurídica".[197-198]

---

esta opinión en España, véase CHOCLÁN, 2009, p. 191; BAJO, 2004, p. 67; BACIGALUPO, 2007, p. 176-177.

192. RENGIER, 2006, § 13 NM 67.

193. Por todos, véase TIEDEMANN, 1999b, NM 173; CRAMER; PERRON, 2006b, NM 237; SELMANN, 1982, p. 512. En España, en contra de esta postura, por todos, confróntese VALLE, 1987, p. 244, quien afirma rotundamente: "En definitiva, a nuestro juicio, la estafa contractual, al igual que el resto de modalidades, se consuma con la efectiva lesión del bien jurídico atacado. En consecuencia, será necesaria la efectiva ejecución de las prestaciones prometidas, sin las cuales podrá afirmarse ciertamente, un peligro para el patrimonio, pero nunca su daño definitivo y material"; en el mismo sentido, MUÑOZ, 2010, p. 435 ss.; TORÍO, 1982, p. 897.

194. Como consecuencia de que en este trabajo se entiende al patrimonio como una *universitas iuris*, deben tomarse en consideración a las prestaciones mutuas como valores patrimoniales, pues su existencia per se podría constituir un perjuicio (en este sentido, MEYER, 1975, p. 357 ss.). Véase supra, nota 28.

195. CRAMER, 1968, p. 130.

196. ARZT; WEBER, 2000, § 20 NM 96.

197. TIEDEMANN, 1999b, NM 173.

198. A modo de ejemplo, la *jurisprudencia española* no ha encontrado problemas en constatar un perjuicio en los siguientes supuestos: (i) Vendedores que hicieron suscribir a unos compradores un contrato en el que no se declaraban las cargas hipotecarias que pesaban sobre un inmueble, afirmándose, concluyentemente, que las mismas no existían, estimando el tribunal que no cabe poner en duda ni los elementos del tipo objetivo de la estafa ni la relación de causalidad que debe existir entre ellos, dado que si los compradores hubieran sabido del gravamen hipotecario no habrían realizado la disposición patrimonial que les produjo el perjuicio o hubieran podido, al menos, tomar otras medidas de cuidado para evitar el daño que finalmente se les produjo (STS

Subrayemos que la mayoría de la jurisprudencia y Doctrina chilena rechaza la figura del *perjuicio en forma de peligro*, señalando que debe tratarse de un perjuicio "real y efectivo".[199] A efectos de lo que nos interesa exponer en este trabajo, vamos a presentar una síntesis de las ideas que creemos más importantes:

a) El delito de estafa es un delito de resultado material y, por tanto, el carácter lesivo de la disposición patrimonial se debería concretar en una disminución cuantificable del patrimonio.

b) No obstante, a nuestro juicio este resultado también puede ser en forma de peligro, circunstancia que no transformaría a la estafa en un delito de peligro. Ello al parecer resulta de forma indudable a partir de un concepto mixto jurídico-económico del patrimonio, ya que existirían situaciones en las que, aunque no se haya producido ninguna alteración real y jurídica del bien económico en el ámbito del patrimonio –en su conjunto–, podría suceder que el bien (o el derecho) –como tal– se encuentre en peligro, situación que disminuiría el valor del bien (o del derecho) y, por lo tanto, también el del patrimonio en su conjunto. Y, en este entorno, para estimar la presencia de un perjuicio patrimonial, necesariamente debería admitirse su existencia por la mera circunstancia de contraerse una obligación, ya que, comenzando a partir de una concepción jurídica-económica del patrimonio, que siempre tendría como base un punto de vista económico, debería afirmarse que dicha acción tendría ya un valor económico incuestionable, ya que al patrimonio debería estimárselo en sentido amplio, es decir, como una suma de relaciones jurídico-patrimoniales que sean susceptibles de apreciación económica, donde –bajo

---

21.10.1998); (ii) Sujetos que ocultaron un hecho verdadero, de conocimiento esencial para la suscripción de un contrato de seguro, consistente en un accidente sufrido, con graves resultados personales para el vehículo asegurado. Y, como consecuencia del engaño, se produjo el error consistente en creer la compañía aseguradora que el vehículo asegurado no había tenido ningún accidente (Auto del TS 10.09.2001). *En ambos casos, para el TS el daño patrimonial, en el sentido de disminución del patrimonio causado por la disposición patrimonial del sujeto pasivo engañado, no necesita para su existencia real de la consumación del contrato.* En este sentido, afirma que es suficiente con que el patrimonio del sujeto pasivo haya quedado obligado a responder por una relación jurídica cualquiera. Y, sin perjuicio del concepto dogmático de patrimonio propio del delito de estafa (jurídico, económico, mixto, personal) al que se recurra, sostiene que lo cierto es que quien incorpora a su patrimonio una obligación (suscrita por engaño) sufre una disminución patrimonial, independientemente del nivel de ejecución alcanzado por el contrato en cuyo marco resultó engañado.

199. Véase supra, nota 9.

un prisma económico– lo destacable no sería el derecho subjetivo, sino que la "posición de dominio" que se encontraría detrás de él.

c) De otro lado, en lo que a la delimitación del ámbito de aplicación del perjuicio en forma de peligro se refiere, tenemos que subrayar que en nuestra opinión se trataría siempre de una delimitación normativa en el ámbito del concepto económico-jurídico del patrimonio.

d) Asimismo, el mismo siempre debería versar sobre una puesta en peligro que ya disminuiría la situación patrimonial actual, y no sobre una "mera posibilidad" de futura afectación al patrimonio. Así las cosas, cuando no resulte viable determinar que el valor del patrimonio haya disminuido "materialmente", no se podría estimar un perjuicio en forma de peligro. Entonces, existiría un perjuicio en forma de peligro siempre y cuando en la puesta en peligro exista una puesta en marcha de un curso causal irreversible orientado a una pérdida patrimonial duradera.

e) A nuestro entender, en todo caso hay que tener en consideración al caso concreto a la hora de estimar el supuesto de un peligro concreto al patrimonio y, por ello, de un perjuicio en forma de peligro. Asimismo, este último no podría estimarse a través de una definición exhaustiva, porque existiría únicamente una diferencia gradual entre una "mera" puesta en peligro del patrimonio y un perjuicio en forma de peligro.

## 9. ASPECTOS SUBJETIVOS

### *9.1 El dolo*

El dolo[200] en el delito de estafa, exige la "conciencia y voluntad de engañar a otro produciéndole un perjuicio patrimonial a él mismo o a una tercera persona", y el mismo debería ser "antecedente o coetáneo" al engaño, por lo que el dolo "subsiguiente" sería indiferente para constatar un delito de estafa.[201]

Sobre este elemento, el TS ha dicho que el tipo subjetivo del delito de estafa requiere, además del ánimo de lucro, el llamado *dolo defraudatorio* consistente en el conocimiento por parte del autor de que se está engañando a otro, al

200. De acuerdo con la *doctrina dominante* en derecho comparado, el dolo es la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. Por todos, véase MIR, 2008, p. 257 ss. Así, el sujeto no sólo "conoce", sino que «quiere» la realización del tipo. Así, GUTIÉRREZ, 1991, p. 557; BALMACEDA, 2009, p. 258 ss.

201. BAJO, 2004, p. 58. Sobre el particular, con una opinión diferente, CHOCLÁN, 2009, p. 221-222.

producir en el mismo un engaño a través del escenario construido, de manera que determine el acto de disposición. Asimismo, ha afirmado el TS que la existencia de tal elemento, a causa de su naturaleza, es necesario obtenerla a través de una inferencia que, basándose en datos de hecho acreditados, generalmente, en la propia mecánica de los hechos, conduzca naturalmente a esa conclusión;[202] también, ha dicho la jurisprudencia española que el dolo de la estafa debe presidir la conducta realizada, con su elemento *intelectivo*, consistente en conocer que se está engañando y perjudicando a un tercero, y, con su elemento *volitivo*, dirigido a la acechanza de un patrimonio ajeno, elemento reformado en el tipo de la estafa por la exigencia del ánimo de lucro.[203]

Es decir, no hay duda en que el dolo debe ser "actual", resultando irrelevante un dolo antecedente o subsiguiente (y éste es uno de los antecedentes que contribuyen a la delimitación entre el tipo de estafa y el fraude civil).[204] En este sentido, el *criterio jurisprudencial español* sobre el tema podemos resumirlo de la siguiente forma:

a) El dolo del agente ha de ser *previo* a la dinámica defraudatoria, siendo penalmente irrelevante el dolo *subsequens* o sobrevenido con posterioridad a la celebración del negocio de que se trate;[205]

b) El engaño tiene que *preceder* y determinar el consecutivo perjuicio patrimonial, no siendo aptas para originar el delito de estafa las hipótesis del denominado dolo *subsequens*;[206]

c) El dolo de la estafa debe *coincidir* temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Así, el TS dice que sólo si ha podido conocer que se afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que se ocultaba algo verdadero, es posible afirmar que se obró dolosamente y que, por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado sin dolo del autor el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentarse el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia;[207]

---

202. STS 26.04.2004.

203. STS 22.01.2002.

204. GUTIÉRREZ, 1991, p. 558.

205. Así, STS 07.11.1997; 04.02.1998; 24.03.1999; 17.07.1998; 04.05.1999; 06.03.2000; 25.03.2004; 22.12.2004.

206. STS 08.03.2002; 15.02.2005.

207. STS 28.10.2002; 15.02.2005.

d) En los casos en que la intención de incumplimiento haya surgido con posterioridad al contrato –dolo *subsequens*– se estará a extramuros del delito de estafa, porque éste exige el previo y suficiente engaño desplegado por el sujeto activo, motivador del acto de disposición, efectuado en su propio perjuicio por el sujeto pasivo;[208] y

e) La *criminalización* de los negocios civiles y mercantiles se produce cuando el propósito defraudatorio se genere antes o al momento de la celebración del contrato, y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del dolo "subsequens" del mero incumplimiento contractual.[209]

En aquellos códigos que establecen un sistema incriminatorio de la imprudencia "*numeroclausus*" (como sucede en España y en Chile) debe observarse una incriminación expresa para el castigo de una estafa imprudente, hecho que, de todas formas, pensamos que resulta *imposible* que acontezca en el delito de estafa, pues por su propia naturaleza, que exige un "ánimo de lucro" como elemento subjetivo de su tipo, se debería excluir su comisión imprudente.[210] De esta manera, *parece indiscutible el carácter doloso de la estafa*, ya que el engaño la convierte en un delito de estructura intencional, argumento que a nuestro entender es de carácter definitivo con respecto a la exclusión de la imprudencia.[211]

Por otra parte, aunque se deban *valorar* los loables esfuerzos para delimitar el dolo eventual con la imprudencia, el grado de incertidumbre es tal, que es mejor actuar con cautela.[212] A nosotros nos parece viable la estafa con dolo eventual, según lo que vimos a propósito de la normativización del engaño cuando se criticó la teoría de la puesta en escena.[213] En efecto, debido a la *naturaleza* de este delito, –según parece– la mayoría de la doctrina se manifiesta en contra de tolerar en la estafa al dolo eventual.[214] Entonces, *en estos casos el dolo eventual recibiría el mismo tratamiento que la imprudencia* (ya que la dimensión

208. STS 26.12.2004.

209. STS 15.02.2005 (RJ 2005, 5214).

210. Así, BAJO, 2004, p. 59. A favor de la comisión de la estafa con dolo eventual, CHOCLÁN, 2009, p. 222 ss.; MAGALDI, 2004, p. 761.

211. GUTIÉRREZ, 1991, p. 555; DONNA, 2001, p. 338 ss.; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 89 ss.

212. GUTIÉRREZ, 1991, p. 563.

213. Siempre y cuando se cumplan con los requisitos exigidos por la Teoría de la imputación objetiva. Véase supra n. 4.

214. DONNA, 2001, p. 339; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 90. Sin embargo, en Alemania es ampliamente mayoritaria la doctrina que sostiene la viabilidad de la estafa con dolo

subjetiva que configura la estructura final de la estafa tiene que constar con toda certeza, y por ello no se puede presumir o presuponer, como exigiría el dolo eventual).[215] Así las cosas, la *ausencia* de dolo en la estafa implica, en todo caso, la atipicidad (entonces, como la estafa no admite la forma imprudente, el error de tipo vencible, al igual que el invencible, determinaría la atipicidad del delito por falta de dolo y, con ello, la impunidad).[216]

### *9.2 El ánimo de lucro*

En el tipo de estafa tiene que haber un "ánimo de lucro",[217] esto es, un elemento subjetivo del tipo que consiste en "la ventaja patrimonial obtenida por

---

eventual. Por todos, véase Tiedemann, quien únicamente excluye de estas hipótesis el caso de la estafa procesal (TIEDEMANN, 1999b, NM 244 ss.).

215. GUTIÉRREZ, 1991, p. 567-568.

216. En este sentido, GUTIÉRREZ, 1991, p. 561. *También, la doctrina española y chilena dominante*. Por todos, BAJO, 2004, p. 59; VALLE, 1987, p. 271 ss.; ETCHEBERRY, 1998, p. 405; GARRIDO, 2002, p. 341. En contra, CHOCLÁN, 2009, p. 222 ss.; PIÑA, 2006, p. 103 ss.

217. *La admisión del ánimo de lucro en el delito de estafa es polémica en Chile*, estando la mayoría en contra, por todos, confróntese POLITOFF et al, 2005, p. 419, al decir que parece no existir ningún elemento en la legislación chilena que exija un ánimo especial; ETCHEBERRY, 1998, p. 402, señalando que ni en la definición de fraude por engaño, ni en el texto legal se menciona tal elemento; PIÑA, 2006, p. 105, nota 185, y p. 106, indica categóricamente que el tipo de estafa no requiere del lucro, rechazando de plano la doctrina contraria por motivos conceptuales y porque la ley chilena no formula exigencia alguna al respecto. *A favor, a nuestro juicio acertadamente*, HERNÁNDEZ, 2003, p. 188 ss., al manifestar, como objeción de naturaleza material, que pese a que la legislación chilena no exija este elemento por motivos de técnica legislativa, esta circunstancia no implica que no tenga que existir un ánimo de lucro al verificarse; LABATUT, 1996, p. 224 y 226, aunque expresa que no es un requisito esencial; YUBERO, 1993, p. 69 ss., al decir que el CP chileno no lo contempla de forma explícita, pero se encuentra implícito en el verbo "defraudar". Entonces, la solución correcta parece aceptar el ánimo de lucro, puesto que estructural o fenomenológicamente la estafa no consistiría simplemente en un delito de daño contra el patrimonio, sino que también de enriquecimiento. En este sentido, CONTRERAS, 1992, p. 74; GRISOLÍA, 1997, p. 421; BALMACEDA, 2009, p. 261 ss. De modo similar se pronuncia alguna jurisprudencia –no tan aislada–, por ejemplo, Stop de Punta Arenas 23.04.2008, RIT 14-08; Stop de Santiago (4.°) 20.10.2008, RIT 93-08; SJG de Santiago (7.°) 30.05.2007, RIT 725-06; Stop de Punta Arenas 20.11.2006, RIT 77-06; Stop de Santiago (3.°) 16.06.2007, RIT 112-07; Stop de Copiapó 19.06.2006, RIT 32-06; FM n. 55 CS 1963, p. 109; SCA de Arica 23.07.2008, Rol 125-07; RDJ T. LXVII Secc. IV CS 1970, p. 318; GJ n. 130 CA de Santiago 1991, p. 76; GJ n. 113 CA de Punta Arenas 1989, p. 85; SCA de Santiago

la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico".[218] Este ánimo ha de ser "directo" y debe poseer un "sentido económico" (porque es la contrapartida del daño patrimonial). Tiene que concurrir como una "tendencia subjetiva" y, por lo tanto, no se requiere –como hace el derecho italiano–[219] que el beneficio o provecho se logre.[220]

El *criterio del TS* en el tratamiento de este elemento, lo podemos resumir de la siguiente forma:

a) El ánimo de lucro va embebido en el dolo, que se desenvuelve con consciencia y voluntad de engañar, naturalmente que coetáneo a la propia mentira;[221]

b) La finalidad de enriquecimiento es el elemento subjetivo del tipo o dolo específico, entendido como deseo, meta o intención de obtener un lucro, un beneficio patrimonial, una ganancia evaluable económicamente, precisada de manera cierta, exacta y conocida;[222]

c) Puede consistir en cualquier utilidad o ventaja, pues no es imprescindible que se concrete exclusivamente en un valor económico, ya que, como ha expuesto la doctrina y recoge la jurisprudencia el lucro se utiliza en estos delitos con un sentido jurídico de cualquier clase de utilidad o ventaja;[223]

d) Comprende tanto el beneficio propio como el ajeno, pues el ánimo de lucro en el delito de estafa no requiere que el autor persiga su propio y definitivo enriquecimiento. Por el contrario, en el delito de estafa el ánimo de lucro también es de apreciar cuando la ventaja patrimonial antijurídica se persigue para luego beneficiar a otro. Dicho de otra manera: para el TS la finalidad de

---

08.10.2010, Rol 2.039-2010. Vacilante, pero pareciendo inclinarse por aceptarlo, la SCS 28.01.2009, Rol 697-08.

218. Este requisito, como sucede en los delitos de apoderamiento, es un elemento intencional que se dirige a un fin que no pertenece al tipo (véase CHOCLÁN, 2009, p. 226 ss.; BAJO, 2004, p. 52; DONNA, 2001, p. 339-340; DONNA; DE LA FUENTE, 2004, p. 91-92).

219. En efecto, el art. 640 CP italiano exige un "injusto provecho con daño ajeno", lo que hace que este elemento no pertenezca a la fase de agotamiento del delito y sea, por ello, relevante para su consumación, pues requiere la efectiva producción del lucro. Sobre esto, véase PECORELLA, 2006, NM 42 ss.; FIANDACA; MUSCO, 2005, p. 185 ss.; ANTOLISEI, 2002, p. 362 ss.

220. BAJO, 2004, p. 54-56.

221. STS 05.11.1998; 27.01.1999; 28.04.1999.

222. STS 27.01.1999; 28.04.1999; 06.05.1999; 04.05.1999; 02.06.1999; 16.07.1999; 06.03.2000; 29.01.2002; 21.01.2002.

223. STS 02.07.2003.

un enriquecimiento antijurídico no depende de lo que el autor piense efectuar luego con las ventajas patrimoniales obtenidas contradiciendo la norma del art. 248 CP español;[224] y

e) Se excluye la comisión por imprudencia, ya que el ánimo de lucro es el propósito de obtener una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado. Así, afirma que se considera ánimo de lucro la intención de obtener un beneficio meramente contemplativo.[225]

En Italia, de forma similar, el concepto de provecho (la otra cara del "perjuicio"), en los delitos contra el patrimonio, y también, en cuanto atañe específicamente a la estafa, la elaboración jurisprudencial y doctrinal[226] es amplísima, pues es opinión común que tenga que entenderse por provecho cualquier tipo de utilidad, también de naturaleza no patrimonial. La naturaleza "no patrimonial" es entendida en el sentido de que no necesariamente el provecho tiene que consistir en una suma de dinero, bien pudiendo consistir en cualquier otra clase de bien, aunque económicamente valorable y cuya sustracción a la víctima implica un daño para ella, que debe, en cambio, "siempre" tener naturaleza patrimonial (el perjuicio), es decir, comportar una disminución del patrimonio de la víctima.[227]

Sobre la *naturaleza* del ánimo de lucro, debemos apuntar que se trata de un específico elemento subjetivo del tipo, diferente del dolo, que el tipo requiere, además de éste, para su realización. Asimismo, se configura como un elemento de tendencia interna trascendente, porque la finalidad del sujeto va más allá de la realización del hecho típico, pero no es preciso que efectivamente consiga lo que perseguía (a efectos de la consumación, entonces, se exige el perjuicio, pero no el enriquecimiento del engañador).[228]

Por último, surge la *pregunta* de si el lucro deseado o perseguido por el agente debe corresponder precisamente al perjuicio ocasionado (lo que los alemanes llaman la igualdad material [*Stoffgleichheit*]), como si fuesen las dos caras de la misma moneda, lo que supone entender que la estafa no sólo sería

---

224. STS 28.11.2003.

225. STS 30.10.1997; 07.11.1997; 04.02.1998; 24.03.1999; 26.05.1998; 20.07.1998; 06.03.2000; 01.03.2000.

226. Por todos, ANTOLISEI, 2002, p. 345; LA CUTE, 1992, p. 263; MANZINI, 1963, p. 663 ss., y la jurisprudencia allí citada.

227. PICA, 1999, p. 148 ss.

228. GUTIÉRREZ, 1991, p. 568-569.

un delito que tiende al enriquecimiento, sino que más precisamente tendería al traspaso patrimonial.[229]

Respecto a este tema, –y para terminar– podemos decir que el *punto de partida* de la denominada "igualdad material", es la Teoría de la identidad, con base en el concepto jurídico del patrimonio y, hace referencia a la igualdad substancial.[230] Los representantes de los conceptos patrimoniales institucionales llegan a la conclusión que el requisito de la igualdad material (en el sentido de la Teoría de las dos caras) sería innecesario o, incluso, falso porque un bien patrimonial siempre hay que valorarlo individualmente y, por otro lado, una disposición disminuida del patrimonio siempre conduciría a un perjuicio patrimonial y a una ventaja patrimonial. Por todo ello, el *problema* de la igualdad material sería una terminología falsa, pues el problema se enfoca a partir de un único punto de vista.

Y, en general, queda incierto este tema, sin embargo, por esto, la jurisprudencia alemana moderna ha llegado a una serie de aclaraciones, a saber:[231]

a) El requisito mencionado excluye del delito de estafa los perjuicios mediatos y aquellos perjuicios que sean accesorios (perjuicios sobrevinientes); y

b) Además, excluye ventajas externas, como por ejemplo, recompensas que otorgan terceros al autor (en estos casos se resuelven muchos problemas de estafas de comisiones, como por ejemplo, las otorgadas a vendedores).

## 10. CONCLUSIONES

1.ª En Chile, los *pilares de la estafa* son el engaño y el perjuicio (no el "perjuicio" y el engaño, puesto que nuestra identidad normativa no permitiría otra interpretación).

2.ª La *simple mentira* puede constituir un engaño a efectos de la estafa –ya sea que se comience la construcción a partir del art. 468 o 473 del CP chileno–. En este sentido, estimamos que al engaño se le ha dado un protagonismo extremo, ya que el debate de la distinción de ilicitudes –penal y civil– al parecer será, en definitiva, un problema de tipicidad que tendría que remediarse de acuerdo a los elementos hermenéuticos tradicionales.

---

229. Sobre el estado actual de la discusión en Alemania, por todos, TIEDEMANN, 1999b, NM 256 ss.

230. TIEDEMANN, 1999b, NM 256 ss.

231. Ídem, ibídem, y la jurisprudencia ahí citada.

3.ª Necesariamente el engaño típico tiene que delimitarse en sede de *imputación objetiva*, declarándonos, en este sentido, dudosos en afirmar el rechazo *a priori* de un engaño típico que no implique una puesta en escena.

4.ª El *error* no debería incluirse en el engaño, ya que conllevaría desvalorar en el tipo el comportamiento "sólo" en función de la diligencia de la víctima, su credibilidad, o educación. Entonces, la idoneidad para generar el error determinaría, no la existencia del engaño, sino, en su caso, su "relevancia" jurídico-penal. En este sentido, lo importante no sería el engaño, ni tampoco el engaño "bastante", sino el "engaño bastante para producir error en otro".

5.ª El delito de estafa es un delito de *resultado material* y, por tanto, el carácter lesivo de la disposición patrimonial se debería concretar en una disminución cuantificable del patrimonio.

6.ª Por ello, al perjuicio lo comprendemos como toda disminución del patrimonio del engañado o de un tercero, que tendría que consistir en la realización del riesgo creado o aumentado por el engaño que se encuentre dentro de la esfera de protección de la norma del delito de estafa.

7.ª El patrimonio debería comprenderse en sentido amplio, es decir, como una suma de relaciones jurídico-patrimoniales que sean idóneas de valoración económica, cuyo punto de partida para cuantificar el cómputo del perjuicio patrimonial consistiría en la comparación del valor del patrimonio antes y después del acto de disposición patrimonial.

8.ª En este sentido, no nos parece adecuada una construcción mixta del patrimonio que únicamente aprecie las posiciones económicas "jurídicamente reconocidas", ya que partimos de la base de que pertenecería al patrimonio todo bien de naturaleza económica mientras posea una "apariencia jurídica", sin que sea importante, en nuestra opinión, su reconocimiento jurídico "efectivo" o "real".

9.ª En relación con lo anterior, formarían parte del patrimonio los bienes obtenidos de forma "antijurídica", siempre y cuando esta antijuridicidad no constituya, a su vez, un injusto penal, e inclusive en este último caso, formarían también parte del patrimonio aquellos bienes, en los supuestos de prescripción del delito. Así las cosas, en estos casos podríamos aseverar la potencial existencia de responsabilidad penal, encontrándonos ante una estafa si el engaño es previo y se encuentran presentes el resto de elementos típicos.

10.ª Importa decir en este momento, que estamos de acuerdo con la posición mayoritaria en Hispanoamérica, en el sentido de que la estafa es un delito de lesión, no de peligro, y de daño, no de enriquecimiento (ya que su consumación se vería condicionada por el efectivo y material detrimento patrimonial

que sufre el sujeto pasivo, y no por la obtención de la ventaja económica a la que aspira el sujeto activo).

11.ª Sin embargo, estimamos que se ha sufrido una grave confusión conceptual, ya que se insiste por parte de la doctrina mayoritaria en rechazar una hipótesis que se cree que constituye una figura de delito de peligro, cuando en realidad se trataría de un delito de lesión. Por ello, a nuestro juicio, efectivamente se podría constatar un "perjuicio en forma de peligro", que no sería lo mismo que un "delito de peligro" (concreto ni abstracto).

## 11. BIBLIOGRAFÍA

*(Al lado de cada obra, entre paréntesis, se presenta la forma como aparece citada en el texto)*

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di dirittopenale. Parte speciale I. A cura di Luigi Conti*. Milano: Multa Pavcis, 2002 (ANTOLISEI, 2002).

ANTÓN ONECA, José. Voz "Estafa". In: MASCAREÑAS, Calos-E. (dir.). *Nueva enciclopedia jurídica*. Barcelona: Editorial Francisco Seix, 1958. t. IX (ANTÓN, 1958).

ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. *Los delitos de estafa y falsedad documental*. Barcelona: Bosch, 2005 (ARROYO, 2005).

ARZT, Gunther. Viktimologie und Strafrecht. *MonatsschriftfürKriminologie und Strafrechtsreform*. n. 67. 1984 (ARZT, 1984).

_____; WEBER, Ulrich. *Strafrecht, BesondererTeil*. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2000 (ARZT; WEBER, 2000).

ASÚA BATARRITA, Adela. El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. n. 46. 1993 (ASÚA, 1993).

_____. Estafa común y fraude de subvenciones: de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional. In: AAVV. *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: BOE, 1995 (ASÚA, 1995).

BACIGALUPO, Enrique. *Falsedad documental, estafa y administración desleal*. Madrid: Marcial Pons, 2007 (BACIGALUPO, 2007).

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004 (BAJO, 2004).

BALMACEDA HOYOS, Gustavo: *El delito de estafa informática*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009 (BALMACEDA, 2009).

_____. El perjuicio en el delito de estafa. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*. n. 14 (Universidad San Sebastián, Concepción, Chile), 2010 (BALMACEDA, 2010).

_____; ARAYA PAREDES, Ignacio. Engaño en la estafa: ¿una puesta en escena? *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. 2009. 11(2). Bogotá/Colombia, p. 13-45 (BALMACEDA; ARAYA, 2009).

_____; PELLER, Michael Ferdinand. Análisis dogmático del concepto de "perjuicio" en el delito de estafa (especial referencia al concepto de "perjuicio en forma de peligro"). *Revista de Estudios de la Justicia*. n. 7. Santiago/Chile, 2006 (BALMACEDA; PELLER, 2006).

BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John. *Curso de derecho penal. Parte especial*. Santiago: Lexis Nexis, 2007. t. IV (BULLEMORE; MACKINNON, 2007).

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal. Parte especial*. Barcelona: Ariel, 1991 (BUSTOS RAMÍREZ, 1991).

CABRERA GUIRAO, Jorge; CONTRERAS ENOS, Marcos. *El engaño típicamente relevante a título de estafa*. Santiago: Legal Publishing, 2009 (CABRERA; CONTRERAS, 2009).

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. *Estafas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997 (CONDE-PUMPIDO, 1997).

CONTE, Philippe. *Droit Pénal Spécial*. Paris: Lexis Nexis, 2005 (CONTE, 2005).

CONTRERAS TORRES, Raúl. *El delito de estafa*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1992 (CONTRERAS, 1992).

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu et al. *Manual práctico de derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004 (CORCOY, 2004).

CRAMER, Peter. *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*. Berlin: Verlag Gehlen Bad Homburg, 1968 (CRAMER, 1968).

_____; PERRON, Walter. Vor § 263. In: _____; SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst (eds.). *Strafgesetzbuch Kommentar*. München: C. H. Beck, 2006 (CRAMER; PERRON, 2006a).

_____; _____. § 263. In: _____; SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst (eds.). *Strafgesetzbuch Kommentar*. München: C. H. Beck, 2006 (CRAMER; PERRON, 2006b).

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. Barcelona: Bosch, 2009 (CHOCLÁN, 2009).

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. El concepto de patrimonio y de daño patrimonial en el delito de estafa. El delito de estafa en los países miembros de la UE. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (coords.). *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006 (DE LA MATA, 2006).

DOIG, Alan. *Fraud*. Cullompton: William Publishing, 2006 (DOIG, 2006).

DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal. Parte especial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001. t. II-B (DONNA, 2001).

_____; DE LA FUENTE, Javier Esteban. Aspectos generales del tipo penal de estafa. *Revista Latinoamericana de Derecho*. año 1. n. 1. 2004 (DONNA; DE LA FUENTE, 2004).

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal. Parte especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998. t. III (ETCHEBERRY, 1998).

FANELLI, Andrea. *La truffa*. Milano: Giuffrè, 1998 (FANELLI, 1998).

FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004 (FERNÁNDEZ, 2004).

FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro. Engaño y víctima en la estafa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXVI. 2005 (FERNÁNDEZ, 2005).

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte speciale. I delitti controil patrimonio*. Bologna: Zanichelli, 2005. vol. II, t. II (FIANDACA; MUSCO, 2005).

FINZI, Conrado. *La estafa y otros fraudes*. Buenos Aires: Depalma, 1961 (FINZI, 1961).

FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengezetse*. München: C. H. Beck, 2008 (FISCHER, 2008).

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005 (GALÁN, 2005).

GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002 (GALLEGO, 2002).

GARCÍA RIVAS, Nicolás. Estructura jurisprudencial del delito de estafa. In: BOIX REIG, Javier (dir.). *Estafas y falsedades (análisis jurisprudencial)*. Madrid: Iustel, 2005 (GARCÍA, 2005).

GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte especial*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. t. IV (GARRIDO, 2002).

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Función y contenido del error en el tipo de estafa. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985 (GÓMEZ, 1985).

GONZÁLEZ RUS, Juan José. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (V). Las defraudaciones. La estafa. In: ROSAL, Manuel Cobo del (coord.). *Derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 2005 (GONZÁLEZ, 2005).

GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*. México: Oxford University Press, 2001 (GONZÁLEZ-SALAS, 2001).

GRISOLÍA, Francisco. La estafa procesal en el derecho penal chileno. *Revista chilena de Derecho*. vol. 24. n. 3. 1997 (GRISOLÍA, 1997).

GROIZARD GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro. *El Código Penal de 1870*. Salamanca: Esteban-Hermanos-Impresores, 1897. t. VII (GROIZARD, 1897).

GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.ª Luz. *Fraude informático y estafa*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991 (GUTIÉRREZ, 1991).

HEFENDEHL, Roland. *Vermögensgefährdung und Exspektanzen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993 (HEFENDEHL, 1993).

HENTIG, Hans Von. *Estudios de psicología criminal. III. La estafa*. Trad. José María Rodríguez Devesa. Madrid: Espasa-Calpe, 1980 (HENTIG, 1980).

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Aproximación a la problemática de la estafa. In: AAVV. *Problemas actuales de Derecho penal*. Temuco: Universidad Católica de Temuco, 2003 (HERNÁNDEZ, 2003).

_____. Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el derecho penal chileno. In: CRUZ, Fernández; ÁNGEL, José (coords.). *Estudios de ciencias penales, hacia una racionalización del derecho penal*. Santiago: Lexis Nexis, 2008 (HERNÁNDEZ, 2008).

_____. La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal. *Revista de Derecho*. vol. XXIII. n. 1. jul. 2010 (Valdivia, Chile) (HERNÁNDEZ, 2010b).

_____. Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa: lo que dice y no dice la dogmática. *Revista Chilena de Derecho*. vol. 37. n. 1. p. 9-41. 2010 (HERNÁNDEZ, 2010a).

HERRING, Jonathan. *Criminal law. Text, cases, and materials*. Oxford: Oxford University Press, 2006 (HERRING, 2006).

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: PPU, 1991 (HORMAZÁBAL, 1991).

HUERTA TOCILDO, Susana. *Protección penal del patrimonio inmobiliario*. Madrid: Civitas, 1980 (HUERTA, 1980).

JOECKS, Wolfgang. *Strafgesetzbuch. Studienkommentar*. München: C. H. Beck, 2005 (JOECKS, 2005).

LA CUTE, Giuseppe. Voz "Truffa (dir. vig.)". *Enciclopedia del diritto*. n. 45. Milano, 1992 (LA CUTE, 1992).

LACKNER, Karl. § 263. *Leipziger Kommentarzum Strafgesetzbuch*. Berlin: De Gruyter Recht, 1988. t. VI (LACKNER, 1988).

LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996. t. II (LABATUT, 1996).

KINDHÄUSER, Urs. La estafa como autoría mediata tipificada. Trad. Jorge Perdomo Torres. In: _____. *Estudios de derecho patrimonial*. Lima: Grijley, 2002 (KINDHÄUSER, 2002).

_____. *Strafgesestzbuch, Lehr-und Praxiskommentar*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2005 (KINDHÄUSER, 2005).

LAFAVE, Wayne R. *Criminal law*. St. Paul: Thomson/West, 2003 (LAFAVE, 2003).

LIRA CORREA, Blanca. Las teorías de la imputación objetiva y la mise en scène en relación con el delito de estafa. *Arsboni et aequi/Universidad Bernardo O'Higgins, Facultad de Derecho y Comunicación Social* (Santiago de Chile). año 6. n. 2. 2010 (LIRA, 2010).

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo et al. *Manual de derecho penal. Parte especial II*. Madrid: Akal, 1990 (LÓPEZ, 1990).

LUCARELLI, Umberto. *La Truffa*. Padova: Cedam, 2002 (LUCARELLI, 2002).

MAGALDI PATERNOSTRO, M.ª José. Cap. VI. De las defraudaciones. In: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.). *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004. t. I (MAGALDI, 2004).

MAGGINI, Attilio. *La Truffa*. Padova: Cedam, 1988 (MAGGINI, 1988).

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale. Parte speciale II*. Padova: Cedam, 2002 (MANTOVANI, 2002).

MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di dirittopenale italiano. Delitticontroil patrimonio*. Torino: UnioneTipografico-EditriceTorinese, 1963. vol. 9 (MANZINI, 1963).

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992 (MARTÍNEZ, 1992).

MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*. Madrid: Civitas, 1990 (MARTOS, 1990).

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago*. Pamplona, 2007 (MATA, 2007).

MAYER LUX, Laura. El actuar de la víctima en el delito de estafa. En especial sobre el principio de autoprotección y los deberes de veracidad. In: AAVV. *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del Profesor Tito Solari Peralta*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008 (MAYER, 2008).

MERA FIGUEROA, Jorge. *Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta*. Santiago: Lexis Nexis, 2001 (MERA, 2001).

MEYER, Dieter. Schließt das Werkunternehmerpfandrechtbeim Betrugeinen Vermögensschadenaus?, Bermerkungeanzueinem Ureil des BayObLG vom 17.12.1973. *Monatsschriftfür Deutsches Recht*, 1975 (MEYER, 1975).

MEZGER, Edmund. *Derecho penal. Parte especial. Libro de estudio*. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1959 (MEZGER, 1959).

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor, 2008 (MIR, 2008).

_____. *Estado, pena y delito*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006 (MIR, 2006).

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010 (MUÑOZ, 2010).

NAMER, Sabrina. *Estafa e imputación objetiva*. Buenos Aires: AdHoc, 2002 (NAMER, 2002).

ORMEROD, David. *Smith & Hogan, criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2005 (ORMEROD, 2005).

_____. *Smith & Hogan, criminal law. Cases and materials*. Oxford: Oxford University Press, 2006 (ORMEROD, 2006).

PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Madrid: Marcial Pons, 2004 (PASTOR, 2004).

_____. La construcción de un tipo europeo de estafa: rasgos de la definición del comportamiento típico. In: ARROYO, Luis; NIETO, Adán (coords.). *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*. Toledo: Ediciones de la Universidad de Catilla-La Mancha, 2006 (PASTOR, 2006).

_____. La diversidad de víctimas del fraude. Reflexiones sobre el alcance del tipo de estafa. In: YACOBUCCI, Guillermo J. (dir.). *Derecho penal empresario*. Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2010. p. 255 ss. (PASTOR, 2010).

_____. Tema 11. Delitos contra el patrimonio (II). In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (coord.). *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. Barcelona: Atelier, 2011 (PASTOR, 2011).

PECORELLA, Claudia. *Art. 640. Codice Penale commentato, a cura di Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci*. Vicenza: Ipsoa, 2006 (PECORELLA, 2006).

PEDRAZZI, Cesare. *Inganno ed errore nei delitti controil patrimonio*. Milano: Giuffrè, 1955 (PEDRAZZI, 1955).

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Acerca de la imputación objetiva de la estafa. In: AAVV. *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: BOE, 1995 (PÉREZ, 1995).

PICA, Giorgio. *Diritto penale delle tecnologie informatiche*. Turín: Utet, 1999 (PICA, 1999).

PIÑA ROCHEFORT, Ignacio. *Fraude de seguros*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006 (PIÑA, 2006).

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, M.ª Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005 (POLITOFF et al, 2005).

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Art. 248. In: _____ et al. *Comentarios al Código Penal español*. Pamplona: Aranzadi/Thomson Reuters, 2011. t. II (QUINTERO, 2011).

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de la parte especial del derecho penal II*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1977 (QUINTANO, 1977).

RASSAT, Michéle-Laure. *Droit pénal spécial. Infractions des etcontre les particuliers*. París: Dalloz, 2006 (RASSAT, 2006).

RENGIER, Rudolf. *Strafrecht, BesondererTeil I, Vermögensdelikte*. München: C. H. Beck, 2006 (RENGIER, 2006).

RIEMANN, Thomas. *Vermögesgefährdung und Vermögensschaden*. Heidelberg: C. F. Müller, 1989 (RIEMANN, 1989).

RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 1995 (RODRÍGUEZ; SERRANO, 1995).

ROMERO, Gladys. *Delito de estafa*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007 (ROMERO, 2007).

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y de Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I (ROXIN, 1997).

SALVADOR CODERCH, Pablo; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Simulación y deberes de veracidad*. Madrid: Civitas, 1999 (SALVADOR; SILVA, 1999).

SCHLACK MUÑOZ, Andrés. Aplicaciones de criterios objetivo-individuales en la constatación del perjuicio patrimonial en el delito de estafa. *Ius Publicum*. n. 19. 2007 (SCHLACK, 2007a).

_____. El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa. *Revista Chilena de Derecho*. vol. 35. n. 2. Santiago, 2008 (SCHLACK, 2008).

_____. La estafa en negocios con prestaciones unilaterales: notas sobre su fundación dogmática. *Revista de Derecho*. n. 16. 2007 (Concepción, Chile) (SCHLACK, 2007b).

SEELMANN, Kurt. Grundfällezu den Straftatengegen das Vermögenals Ganzes. *JuristischeSchulung*, 1982 (SEELMANN, 1982).

SILVA SILVA, Hernán. *Las estafas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005 (SILVA, 2005).

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tipográfica, 1992. t. IV (SOLER, 1992).

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. De las estafas. In: MOURULLO, Gonzalo Rodríguez (dir.); BARREIRO, Agustín Jorge (coord.). *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Civitas, 1997 (SUÁREZ, 1997).

TIEDEMANN, Klaus. Vor § 263. *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Berlin: De Gruyter Recht, 1999. t. VI (TIEDEMANN, 1999a).

_____. § 263. *LeipzigerKommentar zum Strafgesetzbuch*. Berlin: De Gruyter Recht, 1999. t. VI (TIEDEMANN, 1999b).

TORÍO LÓPEZ, Ángel. Acción y resultado en la estafa procesal. In: AAVV. *Estudios penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982 (TORÍO, 1982).

VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. Barcelona: Bosch, 1987 (VALLE, 1987).

VÉRON, Michel. *Droit penal special*. París: Dalloz, 2004 (VÉRON, 2004).

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Sección 1.°, De las estafas. In: _____ (coord.). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. vol. II (VIVES; GONZÁLEZ, 1996).

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969 (WELZEL, 1969).

WESSELS, Johannes; HILLENKAMP, Thomas. *Strafrecht, Besonderer Teil/2*. Heildelberg: C. F. Müller Verlag, 2009 (WESSELS; HILLENKAMP, 2009).

YUBERO CANEPA, Julio. *El engaño en el delito de estafa*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1993 (YUBERO, 1993).

ZANNOTTI, Roberto. *La Truffa*. Milano: Giuffrè, 1993 (ZANNOTTI, 1993).

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Madrid: Akal, 1988 (ZUGALDÍA ESPINAR, 1988).

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também do mesmo Autor

- Consideraciones críticas sobre el derecho penal moderno y su legitimidad, de Gustavo Balmaceda Hoyos – *RBCCrim* 65/52; e
- Engaño en la estafa: ¿una puesta en escena?, de Gustavo Balmaceda Hoyos e Ignacio Araya Paredes – *RBCCrim* 79/101.

69955

# ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO DELITO DE DUPLICATA SIMULADA

4

*Controversial aspects of the false-invoicing scheme crime*

**HELIOS NOGUÉS MOYANO**

Sócio-fundador do IBCCRIM. Advogado criminal.

**DOUGLAS LIMA GOULART**

Especializando em Direito Penal Econômico pela FGV. Membro do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). Advogado criminal.

**ÁREA DO DIREITO:** Penal

**RESUMO:** Partindo-se de uma análise principiológica do Direito Penal como garantia do indivíduo, o trabalho propõe um debate acerca da atual configuração do delito de duplicata simulada, seu espectro de atuação e aspectos controvertidos perante a doutrina e jurisprudência pátrias. Busca-se, com isso, não apenas aclarar velhas dúvidas, mas fomentar o desenvolvimento de teses relativamente novas a respeito do delito, como a atipicidade pela imperfeição do tipo e o cabimento de *sursis* por força do princípio da proporcionalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tipicidade – Duplicata simulada – Estelionato – Princípio da especialidade.

**ABSTRACT:** From a principle-based analysis of Criminal Law as a guarantee to the individual, this study proposes a debate about the present configuration of the crime of false-invoicing, its reach and its controversial aspects before the national doctrine and jurisprudence. The aim is not only to clarify old doubts but to foster the development of relatively new theses on the tort, such as the decriminalization of an offense due to the fact that the crime is poorly defined in statute and the suitability of deferment based on the proportionality principle.

**KEYWORDS:** Typicality – False invoice – Embezzlement – Principle of specialty.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Das garantias de determinação: 2.1 Da legalidade; 2.2 Da tipicidade; 2.3 Da norma penal em branco - 3. Art. 172 do CP - Estrutura e bem jurídico: 3.1 Da atipicidade: 3.1.1 Da ausência de negócio; 3.1.2 Duplicata imperfeita; 3.1.3 Da analogia com o art. 171, § 1.º, do CP - 4. Das questões processuais: 4.1 Do cabimento de *sursis*; 4.2 Do exame de corpo de delito - 5. Conclusão - 6. Referências bibliográficas

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei 8.137, de 27.12.1990, promoveu alteração na redação do *caput* do art. 172 do CP, que atende pela rubrica de duplicata simulada, crime deveras comum, geralmente praticado por administradores pressionados por situações pré-bancarrota.

De significativo, observa-se que houve majoração da pena mínima, que passou de um para dois anos de detenção, além da multa. Constata-se também que o antigo *caput* referia-se apenas a duplicata, enquanto a norma atual prevê, como objetos materiais do delito em questão, as figuras da duplicata, da fatura e da nota de venda.

Para a confecção da costura normativa, verifica-se de início que o legislador parece ter sido guiado pelo recrudescimento punitivo, tão em voga nos anos noventa e que ainda conta com o apoio de parcela significativa dos dirigentes da política criminal pátria. Estranhamente, a pena máxima do delito, que antes era de cinco anos, caiu para quatro, o que facilita a aquisição do regime aberto em eventual condenação, além de influir positivamente na contagem do prazo da prescrição *in abstracto*. Conforme visto, a inovação é híbrida, caracterizando tanto *novatio legis in mellius*, como *novatio legis in pejus*, dependendo das circunstâncias valoradas.

Como sói acontecer, após a publicação da lei se seguiram os comentários, doutrinários e jurisprudenciais, imprescindíveis à delimitação do conteúdo normativo do tipo, restando as questões mais controversas aparentemente assentadas em fins da década de noventa.

Contudo, passados vinte anos da alteração retro mencionada, a doutrina e os tribunais pátrios têm-se dedicado, ainda que timidamente, a um movimento de redescoberta do tipo, o qual tem possibilitado uma viragem interpretativa apta à promoção de um redimensionamento do espaço normativo do ilícito.

O presente estudo trata dos aspectos ainda controvertidos do delito de duplicata simulada, tendo por escopo o fomento da discussão em torno do tipo, como caminho para uma futura concretização que bem atenda aos postulados da segurança jurídica.

Para tanto, há de ser realizada, no capítulo dois, uma abordagem do princípio da legalidade, por ser postulado intimamente imbricado no tema. No capítulo três elabora-se uma análise técnica do tipo, pontuando-se, aí, o problema da atipicidade de certas condutas comumente tratadas como típicas. No quarto capítulo é possível visualizar o delineamento das questões processuais reputadas como mais interessantes, como o eventual cabimento do *sursis* processual e a necessidade do exame de corpo de delito, ao que se segue a conclusão do estudo.

## 2. DAS GARANTIAS DE DETERMINAÇÃO

### *2.1 Da legalidade*

A Constituição Federal estabelece o princípio da legalidade em seu art. 5.°, XXXIX, conferindo-lhe *status* de garantia individual. Trata-se de princípio norteador da ordem constitucional, insuprimível, sequer, por emenda à Constituição, uma vez que se apresenta em nosso ordenamento como cláusula pétrea (art. 60, § 4.°, IV, da CF/1988).

Como todo dogma, o instituto apresenta-se marcado pelos estigmas da história, compreendendo verdadeiro produto do desenvolvimento da relação *Estado* X *súdito*, tendo recebido especial delimitação pelos autores do iluminismo, os quais forjaram a ideia sob o calor do contrato social. Nesse sentido, Santiago Mir Puig, com a proficiência que lhe é peculiar, declara que:

"(...) el principio de legalidad se derivó en un principio de la *teoría ilustrada del contrato social* y presuponía una organización política basada en la *división de poderes*, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto – contrato social – en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular."[1]

Das palavras de Puig resta fácil observar que o princípio da legalidade é, acima de tudo, uma garantia de espectro político, com conexões profundas no princípio democrático,[2] condicionando em último grau a legitimação do

1. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – Parte general*. 7. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005. p. 115.

2. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 634.

direito penal ao atendimento de anseios primaciais imanentes ao povo a quem atende. Desse modo, não seria exagero dizer que o direito penal é – ou ao menos deveria sê-lo – o espelho das pretensões fundamentais da sociedade. Nesse sentido, a exposição de motivos do Dec.-lei 48/1995, responsável por alterar o Código Penal Português, apresenta-se elucidativa:

"2. Não sendo o único instrumento de combate à criminalidade, o Código Penal deve constituir o repositório dos valores fundamentais da comunidade. *As molduras penais mais não são, afinal, do que a tradução dessa hierarquia de valores, onde reside a própria legitimação do direito penal*" (grifo nosso).

Por estranho que possa soar, denota-se lógica a assertiva de que o direito penal é antes garantia do que repressão.

Entrementes, a questão da legitimidade do direito penal brasileiro sob um prisma teleológico é discussão que escapa aos limites deste trabalho, de modo que voltamos nossa vista à legalidade em seu plano mais raso, a saber: o *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Praticamente repetindo a Constituição, o postulado ora analisado encontra previsão já no art. 1.º do CP, e informa quanto à proibição de imputações não lastreadas em lei anterior ao fato tido como criminoso. Da topografia da norma no estatuto punitivo, observa-se que o legislador pretendeu alçar o princípio da legalidade à condição de verdadeiro vetor para aplicação do direito punitivo, como um todo. Trata-se, portanto, do *mínimo coeficiente de legitimidade*.

Geralmente, para que se obtenha uma visão mais técnica e mesmo completa de seu âmbito de aplicação, a doutrina tem optado pela tripartição do princípio da legalidade, equacionando-o através de exigências de *lex praevia*, *lex scripta* e *lex stricta*. Por *lex praevia*, entende-se que a norma incriminadora deve se apresentar perfeita em momento anterior ao fato, ou seja, deve ter alcançado vigência plena, não bastando a mera sanção ou mesmo a publicação da lei, salvo hipóteses favoráveis ao réu. A exigência de *lex scripta* compreende postulado do positivismo jurídico, determinando-se a exclusão dos costumes como fontes diretas do direito penal. Por fim, pelo conceito de *lex stricta* tem-se a exclusão da utilização da *analogia in malam partem*, podendo tal instrumento de integração da lei ser utilizado apenas em benefício do acusado.

No estudo do item 3, há de ser valiosa a compreensão da legalidade sob o prisma da *lex stricta*.

Pelo momento, apresenta-se interessante um aprofundamento no conceito de tipicidade.

## 2.2 Da tipicidade

Em complemento a tudo quanto dito acima, assevera-se que somente pela ideia de tipicidade a legalidade se materializa, na ordem jurídica, como garantia do indivíduo contra o arbítrio punitivo do Estado.

Nesse sentido, Manuel Cobo Del Rosal e Tomás Salvador Vives Anton asseveram que:

"(...) quando se diz que 'não há delito sem tipo' ou quando se afirma a tipicidade como 'elemento geral do conceito de ação', outra coisa não se faz senão concretizar e traduzir, em termos sistemáticos, as exigências materiais derivadas do princípio da legalidade."[3]

Caso pretendida a conceituação do instituto, apresenta-se atual a lição de Aníbal Bruno, para quem:

"Tipo é, portanto, o conjunto dos elementos do fato punível descritos na lei penal, ou, para dizermos como Beling, a imagem reguladora (*Leitbild*), à qual tem de ajustar-se o fato para constituir crime. *Tipicidade é essa conformidade do fato àquela imagem diretriz traçada na lei*, a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo penal."[4]

Dito de outra forma, pode-se afirmar que tipicidade compreende a adequação de um fato concreto da vida a uma determinada norma abstrata. Havendo subsunção (encaixe), tem-se o nascimento do fato típico, primeiro elemento constitutivo do crime.[5] Alguns autores se valem de interessante ilustração a respeito do jogo infantil de encaixe, onde para cada buraco é destinada uma única peça.

A imagem é perfeita, mas o fenômeno também poderia ser representado de forma diversa, tendo-se o fato como a chave e o tipo como fechadura. Pelo simbolismo da alegoria, resta natural a conclusão de que o juízo de tipicidade exige encaixe perfeito entre o fato e a norma, *não havendo possibilidade de utilização de gazuas ou chaves falsas para a imputação.*

Poder-se-ia dizer, portanto, sem medo do absurdo, que a tipicidade está para a legalidade assim como a Constituição está para o Estado. Um é instru-

3. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTON, Tomás Salvador. *Derecho penal – Parte general.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1990. p. 62-63.

4. *Direito penal – Parte geral.* Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. 1, p. 341 – grifo nosso.

5. Os autores divergem quanto à adoção, pelo ordenamento pátrio, do conceito bipartido ou tripartido de crime, o que não impede a existência de consenso a respeito da tipicidade como primeiro elemento da teoria analítica do delito.

mento do outro, mas a tal ponto integrados, que muitas vezes são tomados como uma coisa só, como ideia geral.

No mais, a tipicidade deve subserviência à legalidade, de modo que sua função de exclusão de condutas detém conteúdo teleológico voltado à preservação do *status libertatis* do indivíduo. Nesse sentido, denota-se valiosa a lição de Capez, para quem o tipo penal é um "modelo descritivo das condutas humanas criminosas, criado pela lei penal, como *função de garantia do direito de liberdade*".[6]

Analiticamente, é possível asseverar que o tipo é instrumento da legalidade, detentor de tripla função.

Compreende uma *garantia criminal*, no sentido que não se permite a punição de qualquer conduta que não esteja prevista como delito por lei anterior à sua perpetração.

Compreende uma *garantia penal*, uma vez que se proíbe punição superior àquela estabelecida no preceito secundário do tipo, seja no que tange ao tempo, seja no que se refere à natureza da pena.

Por fim, o tipo compreende uma *garantia de caráter processual*, haja vista que, na sua ausência, sequer pode ser intentado processo ou investigação.

Nada obstante, em que pese a gravidade que cerca a constituição de um tipo penal, a doutrina e a jurisprudência têm admitido como legítima a utilização de técnica legislativa denominada *norma penal em branco*, a qual tende a relativizar a rigidez do tipo penal. Tendo-se em vista a pertinência do tema para o objeto de estudo, passa-se à análise de suas características mais relevantes.

### 2.3 Da norma penal em branco

Na linguagem figurada de Binding, citado por Bitencourt, "a lei penal em branco é um corpo errante em busca de sua alma".[7]

A ilustração busca dar ênfase à característica primacial do instituto, qual seja: a *incompletude da norma*.

De fato, tecnicamente, é possível conceber a lei penal em branco como algo inacabado, sendo necessário, para a subsunção e consequente obtenção de eficácia normativa, a realização de um processo de *colagem* entre o dispo-

6. *Curso de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 175. – grifo nosso.

7. *Tratado de direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1, p. 192.

sitivo imperfeito e o complemento legislativo editado pelo Poder Executivo ou pelo próprio Legislativo. Nesse sentido, resta esclarecedora a lição de Reale, para quem:

"A conduta, em seus dados essenciais, vem definida na lei penal, mas a especificação sobre quais objetos recai a ação é que é deferida a outra legislação, em geral, de plano inferior, como regulamentos ou portarias do Executivo."[8]

Daí a razão para a denominação da lei penal em branco como *norma moldura*, residindo tal metáfora na compreensão da lei penal como uma moldura à espera de uma tela, composta pela norma complementar. Obviamente, tal situação gera consequências quanto à eficácia da norma penal. Para Zaffaroni e Pierangeli:

"A lei formal ou material que completa a lei penal em branco integra o tipo penal, de modo que, *se a lei penal em branco remete a uma lei que ainda não existe, não terá vigência até que a lei que a completa seja sancionada.*"[9]

Pelo teor das afirmações retro mencionadas, observa-se que o fenômeno normativo ora analisado funciona à base de uma relação de preeminência e acessoriedade entre normas que se complementam. A falta da norma complementar compromete a eficácia da norma principal, enquanto a carência desta compromete o próprio juízo de validade da norma acessória.

A doutrina ainda estabelece diferenciação entre norma penal em branco homogênea e heterogênea. Trata-se de uma distinção conforme a natureza da norma secundária, se penal (Poder Legislativo Federal), diz-se homogênea; se extrapenal (Poder Executivo, Poder Legislativo), diz-se heterogênea ou heterônima.

Tendo-se em vista o princípio da legalidade, impõem-se algumas limitações quanto à matéria passível de ser tratada pela norma acessória. Assim, por imperativo lógico, é vedado ao dispositivo complementar heterogêneo estabelecer diretrizes quanto ao preceito secundário da norma penal. Da mesma forma, não se admite inovação relativa ao elemento subjetivo do crime, bem como à conduta incriminada. Não pode, portanto, a norma penal em branco de caráter heterogêneo alterar, criar ou suprimir o verbo núcleo do tipo ou modificar a pena a ser aplicada. Cabe-lhe, apenas, a delimitação do objeto material, sob pena de inconstitucionalidade.

---

8. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 101.
9. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 1, p. 389 – grifo nosso.

Em contrapartida, ao aplicador da lei é vedado conferir "maior efetividade" à norma principal pela consideração de circunstâncias que extrapolem a realidade do dispositivo acessório.

Tem-se, portanto, que o dispositivo acessório, inobstante sua natureza (homogênea/heterogênea), deve receber igual consideração dos princípios vetores do direito penal, como a proibição da analogia *in malam partem* e a vedação à retroatividade ou ultra-atividade da lei mais severa. Contudo, apenas neste ponto, cumpre destacar a distinção estabelecida por parte da doutrina quanto à aplicação restrita dos princípios mencionados, havendo incidência ampla apenas nos casos em que haja *modificação do núcleo semântico próprio à norma penal em branco*:

"(...) o complemento da norma em branco é, via de regra, de natureza intermitente, feito para durar apenas por um determinado período. Uma tabela de preços, por exemplo, tem caráter temporário. Assim, valendo-se desse caso, quando o complemento tiver caráter secundário à própria norma penal, utiliza-se o disposto no art. 3.º: ele é sempre ultrativo. (...) Por outro lado, *quando o complemento da lei penal em branco for a parte essencial da norma, vale dizer, é mais importante conhecê-lo do que a própria descrição da norma penal, não é possível aplicar o art. 3.º, mas sim o art. 2.º*. Exemplo: se alguém traz consigo substância entorpecente, definida em portaria do Ministério da Saúde, uma vez que a droga seja retirada dessa relação, é natural que haja retroatividade benéfica."[10]

Resta lógica, portanto, a subdivisão da norma complementar em *norma penal em branco própria* e *norma penal em branco imprópria*. A primeira é intermitente, acessória por natureza, subordinando-se ao art. 3.º do CP. Diz-se imprópria a segunda pela inexistência de simples acessoriedade, cabendo-lhe, em verdade, a responsabilidade de dizer o próprio sentido da lei. Pelos reflexos da distinção para o exercício do *ius puniendi*, acreditamos ser interessante a referida separação. Contudo, a doutrina hodierna parece não ter atentado para tal classificação, até o momento.

No que diz respeito ao objeto deste estudo, aponta-se a utilização, pelo Código Penal, de *norma penal em branco heterogênea própria* para a fixação do objeto material do delito de duplicata simulada. Em outras palavras, a alteração – pela norma acessória – dos requisitos estabelecidos para a configuração dos documentos referidos no tipo não estabelece, por si só, a ocorrência de *abolitio criminis*.

10. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 58 – grifo nosso.

## 3. ART. 172 DO CP – ESTRUTURA E BEM JURÍDICO

Uma vez delimitado o entendimento quanto às ferramentas básicas de aplicação da lei, faz-se necessário um mergulho na realidade típica imanente ao crime de duplicata simulada.

Conforme é cediço, nas vendas a prazo, o vendedor é obrigado a remeter ao comprador a fatura ou nota de venda, assim como a respectiva duplicata. Sobre as características de tal operação, esclarece Noronha:

"A fatura é a relação das mercadorias alienadas, com a discriminação da quantidade, qualidade, espécie, tipo, marca etc. pode, entretanto, referir-se apenas aos números e valores das notas parciais, remetidas com as vendas, despachos ou entregas de mercadorias.

Deve, naturalmente, indicar o nome ou firma do vendedor e do comprador, como também mencionar os preços totais e por unidade das mercadorias.

Com a fatura é também expedida a duplicata, que conterá a importância da fatura que lhe deu origem, devendo ambas ter a mesma data. O art. 2.º, § 1.º, da Lei 5.474/1968, alinha os requisitos da duplicata.

Não sendo ela à vista, deverá ser devolvida dentro do prazo de dez dias, contados da data da apresentação, com o aceite ou a declaração da recusa deste (Lei 5.474/1968, art. 7.º)."[11]

Contudo, é nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho que encontramos o elemento capaz de conferir realce à duplicata mercantil, distinguindo-a dos demais títulos de crédito:

"(...) o vendedor ocupa, na duplicata, necessária e simultaneamente, as situações jurídicas de sacador e beneficiário do título. Isto é, cabe sempre ao credor do instrumento cambiário, no caso, a sua criação. Na hipótese de saque de letra de câmbio, o sacador pode definir terceiro como beneficiário do pagamento ordenado (tomador).

*Por outro lado – e essa é uma diferença essencial entre duplicata e letra de câmbio, a repercutir na análise do crime de emissão de duplicata simulada –, o comprador das mercadorias, sacado em uma duplicata mercantil, tem obrigações cambiais mesmo que não chegue a assinar o título.* É a figura do aceite obrigatório, aspecto fundamental da disciplina jurídica da duplicata mercantil, que a diferencia fundamentalmente dos demais títulos cambiários. Não fosse por esse aspecto, a duplicata seria apenas uma letra de câmbio com outro nome."[12]

---

11. *Direito penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 2. p. 435.

12. Breves notas sobre o delito de duplicata simulada. *RBCCrim* 14/168 – grifo nosso.

De acordo com Pierangeli,[13] o título de crédito que recebeu o nome de duplicata é originalmente brasileiro, sendo sua criação determinada pelo art. 219 do antigo Código Comercial de 1850,[14] atualmente revogado pelo Código Civil de 2002.

É interessante notar que o delito em apreço compreende verdadeiro *patrimônio normativo nacional*, uma vez que parece inexistir figura correlata no direito penal alienígena. A respeito, observa-se a adoção, pelo Código Penal Argentino, de tratamento genérico do fato, a princípio como estelionato:

"Capítulo IV

Estafas y otras defraudaciones

Art. 172. Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, *falsos títulos*, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño" (grifo nosso).

Dá-se ao fato, portanto, tratamento relativo a crime material, sendo exigível, para a consumação, a existência de prejuízo no caso concreto. Na inexistência da circunstância referida, aplica-se, como soldado de reserva, o crime de falso, o qual pode ser qualificado como crime de perigo concreto:

"Capítulo III

Falsificación de documentos en general

(...)

Art. 293. Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento publico declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que *pueda resultar perjuicio*. Si se tratare de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, la pena será de tres a ocho años.

(...)

Art. 297. Para los efectos de este Capítulo, quedan equiparados a los instrumentos públicos los testamentos ológrafos o cerrados, los certificados de parto o de nacimiento, *las letras de cambio y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador*, no comprendidos en el artículo 285" (grifo nosso).

Nessa mesma diretiva caminham, via de regra, os demais códigos latino-americanos, como os Códigos Penais colombiano, uruguaio, chileno, peruano e venezuelano. Em idêntico sentido também o Código Penal português.

---

13. *Manual de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 2, p. 327-328.

14. Lei 556/1850.

De retorno à doutrina nacional, Pierangeli informa que o Código Penal de 1890 já considerava simulada a duplicata de que resultasse um locupletamento ilícito, em proveito alheio, reputando-a como espécie de estelionato (art. 338, n. 8). Contudo, em correspondência à legislação estrangeira hodierna, a redação do tipo era deveras abrangente, havendo apenas referência indireta à duplicata, por meio do elemento normativo "falsos títulos".

"Art. 338. Julgar-se-ha crime de estellionato:

(...)

8.º Usar de falso nome, falsa qualidade, *falsos titulos*, ou de qualquer ardil para persuadir a existencia de emprezas, bens, credito, influencia e supposto poder, e por esses meios induzir alguem a entrar em negocios, ou especulações, tirando para si qualquer proveito, ou locupletando-se da jactura alheia" (grifo nosso).

Ainda sobre as diretrizes históricas da política criminal referentes ao ilícito, convém anotar:

"O Código Penal de 1969 (não chegou a entrar em vigor), que apresenta uma técnica mais aprimorada, incluía o fato entre os crimes de *falsidade documental* (art. 332),[15] com estrutura típica bem aproximada do art. 172, ora vigente. O Anteprojeto de 1999 mantém o delito entre os patrimoniais no seu art. 200 (leia-se art. 193), mas amplia o conteúdo da proibição, assim dispondo: 'Emitir ou aceitar duplicata que não corresponda, juntamente com a fatura respectiva, a uma venda efetiva de bens ou a uma real prestação de serviço. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem falsifica ou adultera a escrituração de duplicata exigida legalmente'. A pena prevista é de *detenção de seis meses a dois anos, e multa*'."[16]

Como visto, a tendência legislativa caminha para um expressivo abrandamento da punição do ilícito ora comentado, havendo no projeto, contudo, inclusão do verbo "*aceitar*", o que permitirá a caracterização do recebedor do título viciado como sujeito ativo do delito. Acreditamos ser positivo o acréscimo legislativo, não sendo mais possível conceber a ausência de punição para aquele que verdadeiramente fomenta a atividade ilícita, geralmente por meio da concessão de crédito – a juros extorsivos – via *factorings*. Salienta-se, aqui, a existência de respeitável posicionamento doutrinário, com o qual não concordamos, no sentido de que responde como sujeito ativo do ilícito, *nos padrões*

15. Refere-se ao art. 336 do CP/1969.

16. PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 328 – grifo nosso.

*atuais*, aquele que, tendo conhecimento da manobra fraudulenta, simplesmente aceita o pretenso título de crédito.[17]

A nosso ver, tal entendimento apresenta conflito com a própria lógica do sistema. Primeiramente, porque aceitar é ato decorrente, imediatamente posterior àquele narrado na figura típica. Quando ocorre o aceite, já se consumou a emissão, não havendo como falar em coautoria por aderência a fato consumado.[18] Em segundo lugar, a punição daquele que simplesmente aceita caracteriza indevido alargamento do tipo penal, em colisão frontal com o princípio da legalidade, haja vista a inexistência de dever legal, por parte do negociador do título viciado, de agir para evitar o resultado, conforme estabelecido no art. 13, § 2.º, do CP.

A convalidar tal posicionamento, salienta-se que a Lei 5.474/1968, em seu art. 26 (redação original de 1968), oferecia redação diversa para o art. 172 do CP, tipificando o crime ora em estudo da seguinte maneira:

"Expedir ou *aceitar* duplicata que não corresponda, juntamente com a fatura respectiva, a uma venda efetiva de bens ou a uma real prestação de serviço" (grifo nosso).

Ora, uma vez que não existe qualquer semelhança ontológica entre as condutas expedir e aceitar, somente a expressa manifestação legal, como demonstrado acima, teria o condão de vinculá-las a um mesmo delito. Da maneira como o tipo se apresenta atualmente, não.

A propósito da realidade típica atual, convém a transcrição do art. 172, *caput*, do CP:

"Art. 172. Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado.

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorrerá aquele que falsificar ou adulterar a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas."

---

17. Nesse sentido: Heleno Cláudio Fragoso, José Henrique Pierangeli e Magalhães Noronha, para quem também se inclui como sujeito ativo o avalista e o endossatário. Em via oposta: Guilherme de Souza Nucci, Rogério Greco, Damásio de Jesus e Celso Delmanto.

18. Nada impede, entretanto, a superveniência de estelionato, desde que o recebedor utilize de artifício ou ardil na cobrança do título inapto frente ao virtual devedor. É ainda passível de discussão a responsabilização do recebedor do título por extorsão indireta (art. 160, CP), caso este tenha plena ciência da natureza ilícita do documento e pretenda utilizá-lo como garantia de dívida, em detrimento do emissor do título.

O verbo nuclear é emitir, conduta equivalente a expedir, pôr em circulação os documentos referidos no tipo penal. O simples preenchimento deve ser considerado ato preparatório para o crime, sendo impunível tal conduta, conforme inteligência do art. 14, parágrafo único, do CP.

Pelo posicionamento topográfico do tipo, resta unânime o consenso quanto à tutela do bem jurídico patrimônio. Nada obstante, faz-se necessário atentar para o fato de que a própria história evolutiva do tipo caminha para uma especialização em relação aos demais crimes contra o patrimônio. Pontuamos, a respeito, a tutela a bem jurídico diverso, qual seja: *a credibilidade do mercado.* Nessa esfera, o patrimônio incidiria de forma apenas tangencial.

Em apoio dessa conclusão, valemo-nos do raciocínio exposto por Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Marta Saad, para quem a vinculação do objeto material à atividade de comércio elevaria o tipo à condição de crime próprio, tendo como sujeito ativo o emitente da fatura, duplicata ou nota de venda.[19]

"Trata-se de crime próprio, pois *o sujeito ativo necessariamente deverá ser comerciante ou fornecedor de serviço.* De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, fornecedor 'é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços' (art. 3.º)."[20]

Em contraponto, Noronha[21] advoga por um posicionamento ampliativo, sugerindo a possibilidade de o *endossatário* figurar no polo ativo do crime. Nesse mesmo diapasão é o entendimento de Fragoso, o qual ressalta, no entanto, a necessidade de cuidado quanto à responsabilização objetiva:

"Sujeito ativo do crime serão os diretores, gerentes ou administradores da empresa ou sociedade, que tenham praticado a ação criminosa com consciência e vontade. *Não há aqui responsabilidade objetiva, motivo pelo qual não basta a condição de diretor ou de sócio-gerente.*"[22]

---

19. Nesse sentido: GRECO, Rogério. *Curso de direito penal.* Niterói: Impetus, 2006. vol. III. p. 295-296.

20. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. *Código Penal e sua interpretação.* 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 887 – grifo nosso.

21. Op. cit., p. 427-428.

22. *Lições de direito penal.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 477 – grifo nosso.

Fragoso ainda compreende que se trata de crime de perigo para o patrimônio. A nosso ver, a inexistência de menção a prejuízo no tipo em exame, devidamente agregada ao princípio da ofensividade, determina a classificação do delito como crime de perigo concreto à credibilidade do mercado, sendo necessário para a consumação, repita-se, que o título seja efetivamente colocado em circulação.

Para a doutrina majoritária a tentativa apresenta-se inadmissível, por classificarem o crime como unissubsistente.[23] *Data venia*, filiamo-nos ao posicionamento de Cezar Roberto Bitencourt,[24] o qual entende ser o crime plurissubsistente, uma vez que é plenamente possível a visualização de fracionamento do *iter criminis*. Nessa esteira, apresenta-se interessante a transcrição do entendimento de Pierangeli sobre o tema, o qual detém, em conjunto com Zaffaroni, trabalho de escol a respeito do instituto da tentativa:

"A impossibilidade da tentativa decorre de uma adesão à teoria formal-objetiva, e só para esta a tentativa resulta impraticável nos crimes de mera atividade, como também nos de perigo (Jescheck). O critério formal-objetivo, 'contudo, deve ser completado com um componente subjetivo, individualizador, que é o plano concreto do autor, que pela sua natureza é suscetível de ser valorado por um terceiro elemento, que é a determinação da 'proximidade imediata' à realização típica' (...). Portanto, *não se pode afastar em todas as situações, pelo menos em teoria, a possibilidade de tentativa no crime ora em estudo.*"[25]

Tem-se, portanto, fixado nosso entendimento quanto à possibilidade da tentativa.

No que tange ao elemento subjetivo, temo-lo na figura do dolo, caracterizado pela vontade do agente endereçada à emissão dos documentos citados no tipo, ao que se agrega a plena consciência da falta de paralelismo com determinada venda ou prestação de serviços, seja pela quantidade, seja pela qualidade. Parcela considerável da doutrina tem adotado a ausência de vontade relativa ao posterior resgate do título como circunstância apta à caracterização do crime de estelionato.[26]

---

23. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. vol. 2, p. 558.

24. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 3, p. 306.

25. Op. cit., p. 331 – grifo nosso.

26. Nesse sentido, merece realce o posicionamento já tradicional delineado por Nélson Hungria. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. vol. VII, p. 264.

Dada a íntima relação de domínio existente entre o sujeito ativo e o objeto material do ilícito, acreditamos ser inviável a consumação por dolo eventual.

Finalmente, quanto ao objeto material do delito, temos as figuras da *fatura*, *duplicata* e *nota de venda*. Trata-se aqui, como dito, de norma penal em branco heterogênea, a qual encontra parcial complemento na Lei 5.474/1968, na qual se encontram previstos, no § 1.º do art. 1.º, os requisitos básicos da fatura. No § 1.º do art. 2.º da referida Lei, são apresentados os elementos formais necessários à materialização da duplicata mercantil.[27] Finalmente, a nota (fiscal) de venda encontra-se atualmente regulamentada, no município de São Paulo, por meio do anexo único a que se refere o art. 1.º do Decreto municipal 50.896/2009.

Tendo-se em vista a classificação proposta no capítulo 2.2, conclui-se pela classificação dos referidos dispositivos como norma acessória própria, haja vista que eventual alteração dos requisitos ali existentes para a configuração do título demonstra-se incapaz de alterar a realidade ontológica da norma. Em outras palavras, caso haja alteração nos requisitos caracterizadores da duplicata, tal fato não importará em *abolitio criminis*. Nada obstante, conforme se verá abaixo, o atendimento aos requisitos, conforme estabelecidos à época do fato, demonstra-se imprescindível à elaboração de um correto juízo de tipicidade, ao menos no que diz respeito à configuração da duplicata, tida como título formal.

### *3.1 Da atipicidade*

Conforme visto, são muitos os pontos de conexão entre o delito ora estudado e o crime de estelionato, podendo-se dizer que a duplicata simulada compreende verdadeira evolução (por especialização) do ilícito previsto no art. 171, *caput*, do CP.

Justamente por tratar de uma circunstância específica, sequer considerada pela legislação internacional, o delito em apreço detém reduzido âmbito de aplicação, sendo muito comum a inexistência de subsunção pelo desatendimento a questões tidas, no estelionato ou no falso, como meramente circunstanciais.

Dentre estas circunstâncias, dá-se realce para a ausência de negócio jurídico e para o preenchimento incompleto do título, capaz de desnaturar a duplicata.

27. O Conselho Monetário Nacional, por meio da Res. CMN 102/1968, dá complemento à Lei 5.474/1968 ao estabelecer o modelo padrão para a duplicata em território nacional.

### *3.1.1 Da ausência de negócio*

Para parcela respeitável da doutrina, a duplicata simulada compreenderia um verdadeiro caso de aleijão legislativo, uma vez que o tipo ora comentado teve parte de sua redação original decepada, ferindo-lhe a capacidade punitiva ao ponto de torná-lo inócuo frente à conduta de emissão de duplicata sobre negócio inexistente.

Vale-se tal entendimento do fato de que a redação conferida pela Lei 8.137/1990 estabelece, como circunstância atinente ao delito, a *não correspondência à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado*. O legislador se teria esquecido, portanto, de mencionar a necessidade de vinculação entre a duplicata e uma "*venda efetiva*", impossibilitando absurdamente a subsunção da conduta ao tipo nas hipóteses em que a duplicata seja emitida sobre negócio inexistente.

A respeito, já à data da alteração referida, Fábio Ulhoa Coelho assinou valioso artigo onde chamava a atenção para os efeitos da alteração:

"A noção de simulação – ínsita à definição de qualquer tipo descritivo do crime de duplicata simulada –, pressupõe, necessariamente, uma comparação entre duas dimensões: a da realidade e a da formalidade. A simulação resulta, exatamente, do descompasso, da desequivalência, da não correspondência (esses últimos os termos da lei) entre essas dimensões.

(...)

Ora, *se sequer negociação houve, como se cogitar de não correspondência entre o plano formal e o real, quanto aos aspectos qualitativos e quantitativos de um bem que sequer existiu como objeto de contrato?*

Em termos mais singelos, antes de se ponderar se houve ou não descompasso (ou seja, simulação) entre o conteúdo da duplicata mercantil e a realidade quantitativa e qualitativa da compra e venda, é necessário que esta tenha efetivamente existido. *Na hipótese contrária, da inexistência do próprio negócio jurídico, não se encontram elementos fáticos necessários à incidência da norma penal.*

Ou, por outra, *se o legislador diz 'não correspondência a mercadoria vendida', ele está necessariamente descrevendo fatos posteriores à concretização de um negócio de compra e venda. Quando esta não chega sequer a se constituir, está-se diante de condutas totalmente estranhas ao campo de incidência do tipo penal.*"[28]

28. Op. cit., p. 171 – grifo nosso.

Em que pese a racionalidade imanente ao pensamento de Ulhoa, a doutrina majoritária buscou salvar o tipo, relevando o defeito ínsito ao dispositivo penal mediante um exercício de lógica punitiva, como se depreende do estudo das lições de Nucci:

"(...) por uma imprecisão lamentável, deixou-se de constar *expressamente* no tipo que a emissão de fatura, duplicata ou nota por venda ou serviço inexistente também é crime. Mencionou-se a emissão que não corresponda à *mercadoria vendida* ou a *serviço prestado*, como se efetivamente uma venda ou um serviço tivesse sido realizado. Não faria sentido, no entanto, punir o emitente por alterar a quantidade ou qualidade da venda feita e não punir o comerciante que *nenhuma venda* fez, emitindo a duplicata, a fatura ou a nota assim mesmo. Portanto, *é de se incluir no contexto a 'venda inexistente' ou o 'serviço não prestado'. Trata-se de decorrência natural da interpretação extensiva que se pode – e deve – fazer do tipo penal*".[29]

Tal pensamento obteve a preferência da doutrina nacional por mais de uma década, contando, inclusive, com a adesão do Supremo Tribunal Federal,[30] de tal maneira que se pensava restar pacificada a questão quanto à possibilidade de incriminação, por intermédio da interpretação extensiva, de fato marcado pela ausência de negócio.

Ocorre que tais bases sofreram vigoroso abalo com a manifestação de parte da doutrina, capitaneada por Celso Delmanto et al, a respeito do acatamento da tese anteriormente proposta por Ulhoa, promovendo-se, assim, o reinício das discussões sobre o efeito da "má qualidade do tipo":

"Na 6.ª edição deste livro manifestamos nosso entendimento no sentido de que, 'embora o novo texto não seja um primor de redação, ele abrange tanto a duplicata que não corresponde a uma venda efetivamente feita quanto aquela que distorce a quantidade ou qualidade da realmente realizada'.

(...)

Inspirando-nos em Francesco Carnelutti, que mudou de posição ao reconhecer a inexistência de lide (pretensão resistida) no processo penal (...), modificamos nosso entendimento. Isto porque, *ao desenvolvermos o tema da garantia da reserva legal (CR, art. 5.º, XXXIV) e da proibição da interpretação extensiva e da analogia* in malam partem *em matéria penal, nos novos comentários ao art. 1.º do CP (...) apesar da flagrante ilogicidade do* caput *do art. 172 e da*

29. Op. cit., p. 569-570 – grifo nosso.

30. STF, HC 72.538-4/RS, 2.ª T., j. 27.06.1995, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 18.08.1995.

*sua incoerência em relação ao seu parágrafo único, consideramos que não tipifica o crime deste art. 172 a emissão de duplicata não fundada em efetiva compra e venda, enquanto não corrigido pelo legislador esse lapso*, não obstante possa a conduta, no caso de desconto bancário, ser tipificada no art. 171 do CP."[31]

A nosso ver, ambos os posicionamentos encontram-se equivocados.

Conforme visto, o delito de duplicata simulada é verdadeiro produto da especialização promovida sobre a figura do estelionato.

Visa, portanto, à tutela de bem jurídico específico, a partir do momento em que persegue uma situação igualmente específica, qual seja: a quebra, pelo comerciante, da equivalência necessária entre o produto comercializado e o documento legal apto a demonstrar referida operação. Para a ocorrência desta situação é imprescindível a existência de uma relação jurídica prévia, de compra e venda – relação de comércio.

Diferentemente, não se faz necessária a existência da mencionada relação jurídica na emissão dos documentos sobre venda inexistente, de modo que, inexistindo ofensa direta à boa-fé própria das relações comerciais, a conduta deverá ser lançada à vala comum do estelionato.

Uma vez presente a emissão de duplicata, fatura ou nota de venda sobre venda inexistente, deverá o Ministério Público ofertar denúncia por estelionato, nunca por duplicata simulada.

Nada obstante nosso posicionamento, entendemos que a tese da atipicidade merece preferência em relação à tese da preservação do tipo pela interpretação extensiva.

Nesse sentido, cientes de que a escola da interpretação extensiva prega a busca da *voluntas legis*, valendo-se, inclusive, do método histórico (*voluntas legislatoris*), apresenta relevo a constatação de que a circunstância ora debatida (ausência de negócio) foi suprimida do tipo original estabelecido com a Lei 5.474/1968. Soa no mínimo estranho, portanto, a presença de um querer não apenas omisso, mas negativo, porque baseado na supressão.

Da mesma forma, não se demonstra possível a utilização da extensão analógica, posto que esta se fundamenta na expressa autorização legal para a ampliação do alcance do tipo, como ocorre, v.g., na qualificação do homicídio pela promessa de recompensa ou *outro motivo torpe*.

São plenamente aplicáveis ao caso, portanto, as advertências de Jakobs, para quem:

---

31. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 640 – grifo nosso.

"(...) o aplicador, ao interpretar a lei, está autorizado a diminuir o nível de generalização em que a lei formula os elementos positivos do tipo delitivo, ou seja, tornar-se mais específico, estreitando assim o campo de aplicação, sempre que essa diminuição corresponda melhor ao sistema do que à manutenção do nível. No entanto, *não pode nunca elevar o nível de generalização dos elementos positivos, ou seja, tornar-se mais geral, ampliando o campo de aplicação. Essa proibição de generalização – majoritariamente (impropriamente) chamada de 'proibição da analogia' – aplica-se especialmente quando resulta claro do sistema da lei que a redação legal é demasiado restrita, pois o princípio da legalidade deve impedir não a punição sem um bom motivo, mas a punição sem lei.*"[32]

De fato, a racionalidade histórica do direito demonstra que se uma lei imperfeita é inserida no ordenamento, não cabe ao juiz *consertá-la* em detrimento do *jus libertatis*, sob pena de infringência grave aos princípios vetores da ciência penal.

Nada obstante, reforçamos nosso entendimento quanto à inexistência de lacuna, havendo, isso sim, especialização pela norma penal.

### *3.1.2 Duplicata imperfeita*

Ainda como circunstância apta a impossibilitar o juízo de subsunção entre o fato e a conduta, temos a hipótese de assimetria entre o documento real, utilizado na conduta, e o documento ideal, previsto na legislação complementar e reputado como objeto material para o delito.

Trata-se, aqui, da duplicata imperfeita, assim denominada pela desconformidade com o modelo estabelecido na Lei 5.474/1968.

Nessa esteira, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Marta Saad, valendo-se das lições de Otto Gil, são peremptórias ao estabelecerem os requisitos e características do título ora em exame, formal por natureza:

"Duplicata é um título cambiário, *formal*, circulante, por meio de endosso, de facultativa emissão (ao contrário da fatura), que além de sua denominação, data de expedição, número de ordem, e o número da fatura que lhe deu origem, deve conter: '(a) a data certa do vencimento ou a declaração de ser à vista, (b) o nome e domicílio do comprador, (c) a importância a pagar, em algarismo e por extenso, (d) a praça de pagamento, (e) a cláusula à ordem, (f) a declaração do reconhecimento da sua exatidão e da obrigação de

32. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 125 – grifo nosso.

pagá-la, a ser assinada pelo comprador, como aceitante cambial e (g) a assinatura do emitente'."[33]

Como decorrência lógica do raciocínio estampado no item 2.3 do presente trabalho, constata-se que a inexistência de qualquer dos elementos acima impossibilita a subsunção da conduta ao delito ora em apreço, sob pena de negativa de vigência à norma penal em branco cabível à espécie.

Apresenta-se oportuna, a respeito, a lição encartada no voto prolatado pelo Des. Figueiredo Gonçalves, em julgamento de recurso de Apelação sujeito à 1.ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*:

"O crime imputado ao ora apelante está tipificado na norma do art. 172 do CP e consiste, *in casu*, na emissão de duplicata que não corresponda à mercadoria vendida. Por sua vez, *duplicata* é título cambial, cuja constituição depende do cumprimento das exigências postas na lei especial que a define. Nesse sentido, a norma do art. 172 é norma penal em branco, pois o seu elemento constitutivo duplicata, é de caráter normativo, cuja definição está no texto da Lei 5.474/1968 e que, no art. 2.º estabelece como requisitos de validade para o título, todos aqueles constantes dos incs. I a IX, do seu § 1.º.

Portanto, *duplicata* é título formal e sem as formalidades legais, deixa de se constituir, perdendo a natureza de título de crédito."[34]

Acompanhando o critério positivo supramencionado, razões de ofensividade também indicam o descabimento do delito sobre título impróprio, haja vista a carência de potencialidade lesiva específica do documento defeituoso pela impossibilidade de fundamentar execução cível da dívida nele transcrita. Veja-se, a respeito:

"Comercial – Duplicata – *Extração sem observância dos requisitos formais exigidos por lei – imprestabilidade do título para instruir execução forçada* – Embargos procedentes – Recurso provido para esse fim."[35]

Com efeito, uma vez que se trata de delito verdadeiramente especial, não há como justificar sua permanência, sem desprestígio à teoria do crime, nas hipóteses em que se vê esvaziada a característica maior do objeto material, qual seja a possibilidade de fundamentar pronta execução no juízo cível,

33. SILVA FRANCO, Alberto (org.). *Código Penal e sua interpretação*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 888 – grifo nosso.

34. TJSP, ApCrim 990.10.1250349, 2.ª Câm. Crim. j. 26.07.2010, rel. Des. Figueiredo Gonçalves – grifo nosso.

35. TJSP, ApCiv 991.09.087207-0, 13.ª Câm. de Direito Privado, j. 10.03.2010, rel. Des. Luiz Sabbato – grifo nosso.

gerando maiores dissabores à vítima do que a simples cobrança defeituosa de dívida.

Nada impede, contudo, a tipificação da conduta como estelionato ou, conforme o caso, de falsidade documental, desde que respeitadas as exigências próprias aos referidos tipos delitivos.

Mas caso seja instaurado regular processo por duplicata simulada, tida como crime-fim, e sendo o agente absolvido, v.g., por defeito do título, restará indevida a condenação por eventual "*crime meio*" de falsidade documental.

Da mesma forma que ocorre na ausência de negócio, também aqui é importante que o Ministério Público adote uma postura cautelosa, a fim de delimitar corretamente a conduta a ser perseguida, já no oferecimento da denúncia.

### *3.1.3 Da analogia com o art. 171, § 1.º, do CP*

Feita uma análise sobre o tratamento normativo conferido ao delito de estelionato, observa-se que a lei prevê, expressamente, o cabimento de diminuição de pena, nos moldes estabelecidos para o furto privilegiado.

"Art. 171. (...)

§ 1.º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2.º."

Em relação à duplicata simulada, contudo, não há qualquer previsão a respeito da aplicabilidade da referida causa de diminuição de pena, levando-nos, a princípio, a cogitar a infringência aos princípios constitucionais da isonomia e da ofensividade, haja vista a proximidade entre o estelionato e o delito ora estudado.

Nada obstante, somos forçados a aceitar tal disparidade punitiva à medida em que invocamos, para o delito de duplicata simulada, a existência de tutela a bem jurídico diverso caracterizado na credibilidade das relações de mercado.

De fato, é evidente o acréscimo em importância, para a sociedade como um todo, do valor *preservação da saúde e confiabilidade no mercado*, quando comparado ao valor *patrimônio*, passível de ataque pelo estelionato. O primeiro compreende bem transcendental, enquanto o segundo apresenta, ao menos num primeiro olhar, objetividade singular.

Daí mesmo a razão pela qual o furto e o estelionato compreendem delitos materiais, enquanto a duplicata simulada se apresenta como crime formal, sendo o prejuízo irrelevante à consumação do ilícito penal.

A inaplicabilidade da diminuição de pena compreende, portanto, uma questão de política criminal, fortemente embasada no critério da maior ofensividade da conduta perseguida pelo delito de duplicata simulada.

## 4. DAS QUESTÕES PROCESSUAIS

Em complemento ao estudo do tipo, apresenta-se oportuna a análise de algumas questões processuais diretamente ligadas ao delito em apreço, como o eventual cabimento do *sursis* e a necessidade do exame de corpo de delito.

Sem desprestígio de outras questões igualmente relevantes, optamos pela abordagem dos dois temas retro suscitados, tendo-se em vista tanto a novidade da proposta de *sursis*, como a controvérsia a respeito do exame de corpo de delito.

### *4.1 Do cabimento de* sursis

O preceito secundário do art. 171, *caput*, do CP estabelece, para o estelionato, pena privativa de liberdade de 1 a 5 anos, além da multa.

Conforme visto já na introdução ao presente trabalho, imputava-se ao delito de duplicata simulada pena de igual duração, sendo a sanção mínima elevada ao dobro após o advento da Lei 8.137/1990.

Como consequência direta da referida exacerbação, tem-se o descabimento, no crime de duplicata simulada, da suspensão condicional do processo, aplicável aos delitos de médio potencial ofensivo, conforme disposto no art. 89 da Lei 9.099/1995.

A respeito da circunstância, Janaína Conceição Paschoal ofertou artigo intrigante no qual, fundada no *princípio da proporcionalidade*, sustenta a aplicabilidade, via extensiva, da suspensão condicional do processo ao delito de duplicata simulada.[36]

Como razão prática, alega a necessidade de se evitar a adoção de comportamentos estranhos, por parte da defesa, que na busca desesperada pelo *sursis*, admitem à conduta o dolo de lesar o patrimônio do tomador das duplicatas. Tal hipótese decorreria, no entendimento da autora, da existência de inadmissível ilogicidade sistêmica, conforme abaixo transcrito:

"O absurdo é tamanho que, justamente vislumbrando a possibilidade da suspensão do processo, advogados chegam a considerar a hipótese de defenderem seus clientes alegando que os mesmos, desde o início, ou seja, desde

36. PASCHOAL, Janaína Conceição. O delito de duplicata simulada admite a suspensão condicional do processo. *Boletim IBCCRIM*. vol. 7. n. 77. p. 4-5.

a data da emissão dos títulos, *pretendiam lesar o patrimônio do tomador das duplicatas!!!*"[37]

Em que pese a força dos argumentos apontados pela autora, ainda outra vez, a especialização do tipo voltada à tutela de bem jurídico específico parece-nos conferir legitimidade à disparidade de tratamento entre ambos os delitos.

Contudo, caso adotada a tese da equivalência de bens jurídicos entre o estelionato e a duplicata simulada, consequentemente, deverá ser garantida a escolha pelo *sursis* também ao crime ora objeto de estudo.

A respeito, apresenta-se oportuna a lição de Diego Manuel Luzón Peña, lembrado, inclusive, no referido estudo de Janaína Paschoal:

"(...) La gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad de hecho antijurídico, a la gravedad del injusto (...) Si un hecho es poco grave, no se puede castigar igual que otro más grave."[38]

Como visto, a questão movimenta-se conforme a lógica jurídica, sendo o resultado absolutamente dependente da premissa adotada.

### *4.2 Do exame de corpo de delito*

Ainda sobre as peculiaridades processuais imanentes ao delito, observa-se que não obstante seja o ilícito de duplicata simulada tecnicamente classificado como crime formal, sob um prisma ontológico, é patente que *deixa vestígios*.

Os vestígios aqui não se referem, por óbvio, a um pretenso resultado danoso, mas remetem à própria materialidade delitiva caracterizada pela cártula espúria, a qual não escapa da influência do art. 158 do CPP, *in verbis*:

"Quando a infração *deixar vestígios*, será *indispensável o exame de corpo de delito*, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado." (grifo nosso).

Importa ressaltar, ainda, a exceção legal prevista no art. 167 do mesmo diploma, que prevê o suprimento do exame por prova diversa *exclusivamente no caso de desaparecimento dos vestígios*.

Nada obstante, temos constatado a tendência jurisprudencial de relevar a necessidade do exame ora aludido, mesmo nos casos em que não há desapare-

37. Idem – grifo nosso.

38. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel apud PASCHOAL, Janaína Conceição. Op cit., p. 4-5 – grifo nosso.

cimento dos vestígios, desde que demonstrada a ocorrência de fraude. Alega-se, a respeito, que a duplicata simulada estaria ungida à falsidade ideológica, sendo, portanto, despicienda a elaboração da perícia ora comentada.

Em que pese a praticidade do referido entendimento, é inegável a colidência com a norma processual sugerida, a qual detém caráter de garantia processual, dada a força irradiante dos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal.

Aliás, a força do dispositivo é tamanha que, para alguns, compreende verdadeira exceção ao princípio do livre convencimento motivado, posicionamento com o qual concordamos.[39]

Desse modo, debalde a existência de judiciosos posicionamentos em contrário, apresenta-se imprescindível a realização do exame de corpo de delito no crime de duplicata simulada, sob pena de caracterização de negativa de vigência a norma federal, bem como, via mediata, de afronta aos princípios constitucionais vetores do processo penal pátrio.

Nesse sentido, inclusive, já se decidiu pela absolvição como medida necessária aos casos em que não se faz possível a apresentação do título emitido.[40]

## 5. CONCLUSÃO

Em conclusão ao estudo ora proposto, observa-se a existência de graves controvérsias relativas ao delito de duplicata simulada, o que provoca perda de segurança jurídica.

Se por um lado é certo que o delito de duplicata simulada nasceu da evolução do estelionato, é igualmente correta a noção de sua independência, no sistema punitivo pátrio, em relação a esta figura delitiva.

Nesse ponto, concluímos pela ausência de lacuna a respeito da hipótese de emissão de duplicata sobre venda inexistente, por ser tal circunstância própria ao estelionato.

Frise-se, portanto, que não se trata nem de atipicidade, nem de caso para utilização de interpretação extensiva. Basta a adoção do tipo correto.

Também como decorrência da natureza especialíssima do delito ora comentado, tem-se por não caracterizada a sua ocorrência nas hipóteses em que a du-

39. STJ, REsp 863.288/RJ, 5.ª T., j. 07.08.2007, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 15.10.2007.

40. TACrimSP, HC 441.296-5/SP, 4.ª Câm., j. 10.6.2003, rel. João Morenghi, Bol. AAsp 2350/2933.

plicata emitida não atenda aos requisitos previstos na norma apta a completar o sentido do tipo penal em questão.

Finalmente, como questão processual de maior relevância, pontificamos a impossibilidade de concessão de *sursis*, via analógica, bem como a necessidade de realização de exame de corpo de delito como prova necessária à comprovação da materialidade do crime de duplicata simulada. Não se justifica, pois, a linha adotada por parte considerável da jurisprudência sobre ser despiciendo o exame por estar a duplicata atrelada à ideia de falso ideológico, haja vista a natureza de garantia imanente à lei penal e processual penal, conforme exposto já na introdução deste trabalho.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1 e 3.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. 1.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTON, Tomás Salvador. *Derecho penal – Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990.

COELHO, Fábio Ulhoa. Breves notas sobre o delito de duplicata simulada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 14. p. 167. São Paulo: Ed. RT, abr. 1996.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Niterói: Impetus, 2006. vol. III.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. vol. VII.

JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – Parte general*. 7. ed. Buenos Aires: B. de F, 2005.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

PASCHOAL, Janaína Conceição. O delito de duplicata simulada admite a suspensão condicional do processo. *Boletim IBCCRIM*. vol. 7. n. 77. p. 4-5. São Paulo: IBCCRIM, abr. 1999.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 2.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. vol. 2.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA FRANCO, Alberto (org.). *Código Penal e sua interpretação*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 1.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Protesto de duplicata simulada e procedimentos judiciais do sacado, de Celso Agrícola Barbi Filho – *RT* 754/45.

### Veja também Jurisprudência

- Duplicata simulada: *RT* 905/613, *RT* 873/635, *RT* 862/671, *RT* 860/666 e *RBCCrim* 60/384-385.

60956

# 1 Crime e risco. Os novos rumos do direito penal: uma política criminal de defesa social

*Crime and risk. The new direction of criminal law: a criminal policy of social defense*

**Carolina Barreto Lemos**

Mestre em Filosofia pela Université Paris I Panthéon - Sorbonne. Bacharel em Direito pela UFMG. Advogada.

**Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva**

Doutor em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor de Direito Penal na UFMG. Membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Professor universitário.

**Área do Direito:** Penal

**Resumo:** O objetivo do presente artigo é analisar as características da atual política criminal desenvolvida nos países ocidentais, notadamente na Europa e na América do Norte. O conceito norteador desse modelo de justiça criminal - a "periculosidade" - se desenvolveu a partir das teorias criminológicas do fim do século XIX. A compreensão do crime em termos de risco e da punição em termos de prevenção insere-se na transformação da economia do poder de punição, marcada pela passagem do poder disciplinar à biopolítica. As técnicas de correção e disciplina individual são gradualmente substituídas por

**Abstract:** The goal of this article is to analyze the characteristics of the current criminal policy developed in Western countries, especially in Europe and North America. The guiding concept of this model of criminal justice - "dangerousness" - developed from the criminal theories of the end of the 19th century. The understanding of the crime in terms of risk, and sanction in terms of prevention, fits in with the transformation of the economics of Punishment Power, which shifted from a disciplinary power towards bio-politics. The mechanisms of individual correction and discipline were gradually replaced by regulatory

mecanismos reguladores que visam à identificação e gestão de grupos de riscos. No Brasil, já verificamos a presença desse direito penal do risco, não só no discurso político e midiático, mas também na prática e legislação penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crime – Risco – Periculosidade – Prevenção – Defesa social.

ones aiming to identify and manage risk groups. In Brazil, we can already attest the presence of this criminal justice of risk, not only through the political and mass media discourses, but also through the penal practice and legislation.

**KEYWORDS:** Crime – Risk – Dangerousness – Prevention – Social defense.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A evolução da noção de indivíduo perigoso – 3. Do poder disciplinar à biopolítica – 4. As novas tendências da política criminal: 4.1 A gestão de riscos; 4.2 A noção de periculosidade e a justiça criminal; 4.3 A neutralização de riscos – 5. Conclusão: o caso brasileiro – 6. Bibliografia: 6.1 Livros, artigos e revistas; 6.2 Legislação e jurisprudência.

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar as características da atual política criminal desenvolvida nos países ocidentais, notadamente na Europa ocidental e na América do Norte. O modelo norteador dessa política é o direito penal do risco – ou direito penal de defesa social. Trata-se de uma nova abordagem da criminalidade e da punição. A primeira é, crescentemente, compreendida em termos de riscos; a segunda, em termos de prevenção. As funções de retribuição e reabilitação tornam-se, assim, secundárias em relação à função de proteção da sociedade contra os indivíduos considerados perigosos. O julgamento dá-se menos em torno da ação praticada do que da periculosidade potencial representada pelo autor do crime.

O trabalho de Michel Foucault constitui o pano de fundo teórico do nosso estudo, sobretudo as obras que analisam o poder punitivo, as relações entre psiquiatria e prática penal e o aparecimento da biopolítica (ou biopoder) no século XIX e XX. Outra fonte teórica fundamental para a análise aqui desenvolvida é a compilação de artigos feita por Pat O'Malley, em seu livro *Crime and the risk society*[1] (1998). Além disso, as considerações de Eugenio Raúl Zaffaroni, em *O inimigo no direito penal* (2007), colaboraram para a elaboração de uma visão crítica do atual modelo de política criminal.

Para Michel Foucault, o estudo de um conceito deveria envolver, necessariamente, o exame das condições históricas que possibilitaram o seu surgimento. Antes de nos aprofundarmos no nosso objeto propriamente dito, é preciso

1. O crime e a sociedade de risco.

fazer a "arqueologia" da noção de direito penal do risco, por meio da análise de conceitos como periculosidade, responsabilidade penal e biopoder. Para tanto, começaremos pelo estudo das teorias criminológicas da segunda metade do século XIX, que foram fundamentais para articulação das ideias de periculosidade e defesa social. Na segunda parte do trabalho, examinaremos a passagem do poder disciplinar ao biopoder, que significou uma transformação na própria economia do poder punitivo. Na terceira parte, exporemos os principais traços de uma política criminal de defesa social, valendo-nos dos conceitos trabalhados previamente. Para concluir, discutiremos a presença dessa política criminal no Brasil e as possíveis consequências de sua aplicação.

## 2. A EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE INDIVÍDUO PERIGOSO

Para compreender as novas tendências da atual política criminal, é preciso analisar o conceito norteador do "direito penal do risco": a periculosidade. A noção de periculosidade foi formulada principalmente pela Escola de Antropologia Criminal italiana (também conhecida como Escola Positivista) do século XIX – da qual faziam parte Cesare Lombroso, Rafael Garófalo, Enrico Ferri, entre outros. Partindo da teoria da degeneração, essa escola criminológica desenvolveu a ideia do "criminoso nato". Sendo a "natureza" do criminoso mais relevante do que a gravidade do crime em si, a função do direito penal seria antes a defesa da sociedade contra os indivíduos perigosos do que a retribuição ou a reabilitação dos condenados.

Em 1978, Michel Foucault profere uma palestra chamada *L'évolution de la notion d'individu dangereux dans la psychiatrie légal du XIX^e siècle*[2] (A evolução da noção de indivíduo perigoso na psiquiatria legal do século XIX). Além de resumir as ideias trabalhadas em seu curso no Collège de France, *Les anormaux*[3] (1974-1975), Foucault discute nessa palestra a possibilidade de absorção pelo direito penal da teoria da degeneração por meio da reformulação da teoria clássica de responsabilidade civil. Resumiremos aqui as principais ideias da palestra de Foucault, o que permitirá compreender como a noção de "indivíduo perigoso" foi introduzida no direito penal.

A teoria da degeneração, desenvolvida notadamente pelo alienista francês Bénédict-Augustin Morel no seu *Traité des dégénérescences physiques, intellec-*

2. FOUCAULT, Michel. L'évolution de la notion d'"individu dangereux" dans la psychiatrie légale du XIX^e siècle. *Dits et Écrits II. 1976-1988*. Paris: Éditions Gallimard, 2001. p. 1735.

3. Os anormais.

*tuelles et morales de l'espèce humaine et des causes qui produisent ces variétés maladives*[4] (1957), foi a peça-chave para a medicalização do crime na segunda metade do século XIX. Em seu tratado, Morel articula uma nova classe de alienados, que compreende os "degenerados" ou os "loucos hereditários". Ele define a degeneração como um conjunto de "(...) desvios doentios do tipo normal da humanidade, hereditariamente transmissíveis, com evolução progressiva no sentido da decadência".[5] Alguns anos mais tarde, o médico italiano Cesare Lombroso também explorou as correlações entre hereditariedade e crime e publicou, em 1876, a sua obra L'uomo delinquente,[6] onde trabalha os conceitos de "atavismo" – que seria uma espécie de regressão evolutiva hereditária – e de "criminoso nato".

A introdução da noção de hereditariedade no direito penal permitiu o questionamento do conceito tradicional de responsabilidade penal, que estava assentado na ideia de livre-arbítrio. Se existem indivíduos que nascem com uma predisposição hereditária ao crime, como é possível considerá-los penalmente responsáveis? Se o crime é determinado por um nexo causal e não por uma escolha livre, a noção de responsabilidade penal – a partir da qual se justificava a punição – perde seu sentido.

Deve-se ter em mente que esse problema surgiu na Europa num momento de grande demanda social e política pela maior repressão ao crime, o que levou à perseguição sistemática da pequena delinquência por meio da intensificação do esquadrinhamento policial e da vigilância. Além disso, discutia-se nesse período a eficiência da pena de prisão como meio de punição/prevenção ao crime, já que a prisão demonstrava ser muito mais um reforço ao meio criminal do que um lugar de reabilitação dos condenados. Todos esses fatores contribuíram para colocar em questão as bases teóricas do direito penal. Se até mesmo a pequena delinquência poderia ser pensada e tratada em termos médicos, e se a pena de prisão mostrava-se ineficaz no combate à criminalidade, a psiquiatria poderia, com a sua teoria da degeneração, propor, efetivamente, a supressão ou a substituição do direito penal em vigor. E é precisamente o que ela pretendeu fazer: "Logo, se a responsabilidade existe, ela está intimamente ligada ao funcionamento cerebral, seu estudo é, portanto, de ordem biológica

4. Tratado de degenerescências físicas, intelectuais e morais da espécie humana e de causas que produzem essas variedades doentias.

5. CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: Eduerj, 1998. p. 81.

6. O homem delinquente.

e, consequentemente, pertence ao médico."[7] No mesmo sentido, o Prof. Franz Liszt, da Universidade de Berlim, declarou em 1893, no Congresso de Direito Penal de Paris: "Se ousássemos substituir as leis penais por este artigo único: 'Todo homem perigoso para a sociedade deve ser posto na impossibilidade de prejudicá-la, e isto pelo tempo que for necessário', nós acabaríamos de uma só vez com toda a parafernália de livros e manuais, comentários e monografias, controvérsias e sentenças."[8]

As principais propostas da escola de antropologia criminal podem ser assim resumidas:

1 – Abandonar totalmente a noção jurídica de responsabilidade penal, colocando como ponto fundamental não o grau de liberdade do indivíduo, mas, sim, o grau de periculosidade que ele constitui para a sociedade. Rafael Garófalo, em sua obra *Criminologia* (1885), propõe que a pena seja proporcional não à responsabilidade do criminoso, mas, sim, ao dano que ele pode causar à sociedade.

2 – Chamar atenção para o fato de que os acusados que o sistema jurídico reconhece como doentes mentais – e, portanto, inimputáveis – são os mais perigosos. Segundo a lógica da teoria penal clássica, um criminoso é tanto menos punível quanto menor for a sua responsabilidade. Garófalo considera essa perspectiva absurda, já que, quanto menor a responsabilidade do autor, maior a sua periculosidade. Para o médico italiano, expoente da Antropologia Criminal, seria incongruente punir-se com menos rigor os criminosos mais perigosos – que para o direito penal clássico seriam os inimputáveis e semi-imputáveis –, deixando a sociedade exposta aos riscos que representam.

3 – Estabelecer que a "pena" não deveria ser um mecanismo de punição, mas, sim, de defesa da sociedade. A diferença fundamental a ser feita não seria entre responsáveis a condenar e irresponsáveis a soltar, mas, sim, entre sujeitos absoluta e definitivamente perigosos e aqueles que poderiam deixar de sê-lo por meio do tratamento adequado. Enrico Ferri, em *I nuovi orizzonti del Diritto et della precedura penale*[9] (1892), é um grande defensor do asilo como forma de defesa social, argumentando que a coletividade tem o direito de reagir contra o perigo que o criminoso representa.

---

7. DAMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque: a medicalização do crime*. Trad. Regina Grisse de Agostino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 140.
8. Idem, p. 141.
9. Os novos horizontes do direito e do processo penal.

4 – Determinar os três tipos possíveis de reação social ao perigo representado pelo crime: eliminação definitiva (pela internação ou morte), eliminação provisória (com tratamento) e eliminação parcial ou relativa (por meio de castração ou esterilização).

É possível compreender por que a instituição psiquiátrica se tornou, a partir de um determinado momento, uma verdadeira ameaça ao Poder Judiciário. A hipertrofia do discurso médico-legal e o radicalismo da antropologia criminal criaram uma aparente incompatibilidade entre a instituição psiquiátrica e a judiciária, o que explicaria a posterior depreciação das teorias criminológicas do século XIX. A ruptura entre o positivismo criminológico e a prática judiciária penal não foi, entretanto, tão completa quanto se pretende afirmar. Ao contrário, pode-se dizer que o sistema jurídico penal gradualmente incorporou o que havia de mais essencial na tese criminológica positivista: "Ora, parece-me que, na verdade, a antropologia criminal, pelo menos em suas formas gerais, não desapareceu tão completamente como se pretende afirmar, e que algumas de suas teses mais fundamentais, as mais exorbitantes em relação ao direito tradicional, foram enraizando-se no pensamento e na prática penal"[10] (trad. nossa).

Para Michel Foucault, a absorção pelo direito penal das ideias da antropologia criminal só pôde ocorrer a partir de uma mutação no campo do direito civil em torno das noções de acidente, risco e responsabilidade. No século XIX, com o desenvolvimento do assalariamento, das técnicas industriais, da mecanização, dos meios de transporte e das estruturas urbanas, surgiram dois aspectos importantes: de um lado, as atividades que apresentavam em si certo risco e que expunham ao risco terceiros e, de outro, a possibilidade de ocorrência de acidentes graves, causados por falta mínima, pequena negligência ou desatenção de pessoas que não tinham condições de arcar com o pagamento dos danos decorrentes (caso do empregado que comete um pequeno erro no trabalho, provocando, por vezes, consequências de grandes proporções).

Era preciso elaborar uma teoria da responsabilidade que abarcasse a noção de risco, garantindo maior segurança àqueles que se expunham aos perigos da vida moderna; era preciso fundamentar juridicamente uma responsabilidade civil sem culpa. Para tanto, os seguintes fatores tinham de ser levados em

10. FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 459.
"Or il me semble qu'en fait l'anthropologie criminelle, au moins dans ses formes générales, n'a pas disparu aussi complètement qu'on veut le dire; et que certaines de ces thèses les plus fondamentales, les plus exorbitantes par rapport au droit traditionnel, se sont petit à petit ancrés dans la pensée et dans la pratique pénale."

consideração: a responsabilidade não poderia ser justificada apenas pelo erro, mas pela pura relação de causa e efeito; essas causas poderiam ser tanto individuais (provocadas pela ação de um sujeito) quanto inerentes ao tipo de ação, equipamento ou empreendimento; esses riscos poderiam ser minorados, mas jamais eliminados, já que são intrínsecos às práticas da sociedade moderna; a indenização, no caso de responsabilidade sem culpa, não deveria ter um caráter sancionatório, mas, sim, de defesa daqueles que estão expostos aos riscos.

O desenvolvimento da ideia de risco e de responsabilidade objetiva na seara do direito civil constituiu um modelo para o direito penal. Por que, no fundo, o que é o criminoso nato senão um indivíduo sem culpa que representa um risco em si mesmo? Se no direito civil é possível responsabilizar alguém por um dano independentemente de sua culpa, pode-se tornar um indivíduo penalmente responsável sem ter de determinar se sua ação é culpável, mas simplesmente relacionando o ato cometido ao risco de criminalidade que constitui sua própria personalidade.[11]

A noção de responsabilidade civil sem culpa foi essencial para a consagração no direito penal da ideia de risco e de periculosidade e para sua organização definitiva em torno do que se chama "indivíduo perigoso": "(...) a partir dos grandes crimes sem motivo do início do século XIX, não é tanto em torno da liberdade que se desenrolou de fato o debate, embora essa questão sempre estivesse colocada. O verdadeiro problema, aquele que foi efetivamente elaborado, foi o do indivíduo perigoso. Há indivíduos intrinsecamente perigosos? Como é possível reconhecê-los e como podemos reagir à sua presença? O direito penal, ao longo do século passado, não evoluiu de uma moral da liberdade a uma ciência do determinismo psíquico: ele, antes, estendeu, organizou, codificou a suspeita e a identificação dos indivíduos perigosos, da figura rara e monstruosa do monomaníaco àquela, frequente, cotidiana, do degenerado, do perverso, do desequilibrado nato, do imaturo etc."[12] (trad. nossa).

11. Idem, p. 461.

12. Idem, p. 462.
"(...) depuis les grands crimes sans raison du début du XIX[e] siècle, ce n'est pas tellement autour de la liberté que s'est déroulé de fait le débat, même si la question est toujours restée posée. Le vrai problème, celui qui a été effectivement élaboré, ce fut celui de l'individu dangereux. Y a-t-il des individus intrinsèquement dangereux? À quoi les reconnaît-on et comment peut-on réagir à leur présence? Le droit pénal, au cours du siècle passé, n'a pas évolué d'une morale de la liberté à une science du déterminisme psychique; il a plutôt étendu, organisé, codifié le soupçon et le repérage des individus dangereux, de la figure rare et monstrueuse du monomane à celle,

Foucault conclui seu seminário com a afirmação de que a introdução do conceito de indivíduo perigoso na prática penal permitiu um total desvirtuamento do direito penal imaginado por Beccaria e pelos outros reformadores do século XVIII. Eles pretendiam um direito penal que agisse sobre o indivíduo a partir de seu ato, definido como infração pela lei. O direito que advém da ideia de "periculosidade" e "indivíduo perigoso" é um direito penal que age sobre o indivíduo essencialmente pelo que ele é – por sua natureza, seus traços de caráter e sua constituição. As políticas criminais atuais – mesmo se mais de um século depois – aprofundam e consolidam o direito de defesa social idealizado pelos antropólogos da criminalidade.

## 3. DO PODER DISCIPLINAR À BIOPOLÍTICA

O surgimento da ideia de indivíduo perigoso insere-se em uma transformação na maneira como o poder estatal se exerce. Michel Foucault traduz essa transformação em termos de uma passagem do poder disciplinar ao biopoder, ao longo dos séculos XIX e XX. Efetivamente, o aparecimento e desenvolvimento da biopolítica estão em consonância com o processo de medicalização do crime e da punição. Como mencionado, a patologização do crime e de seu autor não desapareceu com as teorias criminológicas do século XIX, mas foi gradualmente absorvida pela prática penal por meio da formulação da noção de periculosidade. Antes de estudarmos os novos rumos do direito criminal, é preciso rever brevemente o contexto histórico que torna possível tanto as teorias da antropologia criminal quanto a reformulação e a incorporação dessas teorias às políticas penais modernas.

O *poder disciplinar*[13] é a economia de poder que surgiu nos séculos XVII e XVIII, em instituições locais – como a escola, o hospital, o exército e a usina –, e que foi progressivamente recolonizada pelo Estado e difundida no corpo social. As disciplinas podem ser compreendidas como mecanismos de assujeitamento: elas exercem-se sobre o corpo individual por meio de técnicas de vigilância, docilização, adestramento, exame e registro. Em decorrência dessas técnicas, criam-se não só sujeitos obedientes e produtivos, mas também um saber sobre esses sujeitos. O poder disciplinar deve ser sempre compreendido como um poder individualizante: ele reorganiza as massas e identifica os traços

---

fréquente, quotidienne, du dégénéré, du pervers, du déséquilibré constitutionnel, de l'immature etc."

13. Trabalhado por Foucault notadamente na sua obra *Surveiller et punir*, de 1975.

singulares de cada sujeito. O poder punitivo, nesse contexto, era centrado, sobretudo, no controle e na reforma da conduta individual. É claro que o desenvolvimento do capitalismo nesse período – com o processo de industrialização e acumulação de capital – cria a necessidade de formação de uma mão de obra produtiva e disciplinada. As duas mais importantes consequências disso são: uma grande preocupação com a figura do *incorrigível*, do indisciplinado ou do criminoso habitual e a perseguição à pequena delinquência, principalmente aos delitos contra a propriedade, antes tolerados pelo antigo regime.

*Biopolítica*[14] é o nome dado por Foucault à economia de poder que surge ao longo dos séculos XIX e XX. Ao contrário do poder disciplinar, o biopoder não se exerce sobre o corpo individual, mas sobre o corpo coletivo, sobre essa massa que chamamos população. Esta não deve ser compreendida como a simples soma de sujeitos que compõem uma sociedade, mas como um *corpus* coletivo dotado de mecanismos que lhe são próprios – como o nascimento, a mortalidade, a produção, a doença – e que funcionam diferentemente daqueles próprios ao corpo individual. Com a biopolítica, esse conjunto de indivíduos não é mais tomado como uma multiplicidade de corpos a serem docilizados e disciplinados por meio de técnicas de individualização; é tomado como um corpo biológico único (a população), que reflete a noção mesmo de espécie humana.

O foco principal desta tecnologia de poder é controlar e regular o conjunto de fenômenos que são intrínsecos à população, garantindo, por meio da manutenção do equilíbrio global, a segurança do conjunto em relação a seus perigos internos. O que visa o biopoder é à otimização da vida e da espécie.[15] Os dispositivos de segurança colocados em prática pela biopolítica são guiados por uma racionalidade econômica; são baseados em estatísticas e cálculos pragmáticos de custo e benefício. Na verdade, não se trata de eliminar totalmente os problemas existentes na população, mas, sim, de geri-los, de modo a torná-los o menos prejudicial possível à coletividade.

No caso do controle da criminalidade, o objetivo primordial deve ser a eliminação parcial ou definitiva dos "elementos" que representam maior perigo à sociedade. A política criminal tem como finalidade não a retribuição ou a reabilitação do condenado, mas, sim, a identificação e gestão de grupos de risco.

---

14. Foucault trabalha o conceito de biopolítica (ou biopoder) notadamente em sua obra *La volonté de savoir* (1976) e em dois cursos no Collège de France: *Sécurité, territoire, population* (1977-1978) e *Naissance de la biopolitique* (1978-1979).

15. FOUCAULT, Michel. *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France* (1975-1976). BERTANI, M.; FONTANA, A. (eds.). Paris: Gallimard/Seuil, 1997. p. 220.

Pode-se observar como a ideia de "periculosidade" exerce uma função central nesse direito penal do risco. A maior preocupação é a figura do *perigoso*, e não mais a do *incorrigível*. Além disso, o foco se desloca dos pequenos crimes contra a propriedade para os crimes violentos contra a vida.

## 4. AS NOVAS TENDÊNCIAS DA POLÍTICA CRIMINAL

### *4.1 A gestão de riscos*

Se, dentro do contexto do poder disciplinar, a criminologia era centrada sobre o indivíduo criminoso e, assim, preocupada com as noções de responsabilidade, culpa, sensibilidade moral, diagnóstico e transformação, na biopolítica ela é dirigida, sobretudo, para o estudo das técnicas de identificação, classificação e gestão de grupos por meio de uma apreciação pragmática em termos de riscos e perigos.

É preciso lembrar que essa nova política criminal é muito mais desenvolvida na América do Norte e na Europa Ocidental – notadamente nos Estados Unidos da América e na Inglaterra – do que nos países da América Latina. No caso do Brasil, é possível verificar a progressiva chegada de tais políticas. No fim desse artigo veremos de forma breve como a justiça penal brasileira já apresenta alguns traços do direito penal do risco.

O objetivo dessa política penal é, portanto, antes a gestão de riscos do que a transformação individual: ela procura regular os níveis de delinquência, e não reagir à delinquência individual. Como vimos na análise do biopoder, a racionalidade inerente a essa política criminal é econômica e, portanto, muito pragmática: "Ela leva o sistema de justiça criminal em conta e tem por objetivo racionalidade sistêmica e eficiência. Busca-se ordenar e classificar, separar os menos dos mais perigosos e implementar, racionalmente, estratégias de controle. Os instrumentos para realizar esse empreendimento são "indicadores" tabelas de prognóstico, projeções populacionais e outros. Nesses métodos, respostas e diagnósticos individualizados são substituídos por sistemas agregados de classificação com o propósito de vigilância, confinamento e controle"[16] (trad. nossa).

16. FEELEY, Malcom M.; SIMON, Jonathan. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Crime and risk society*. The international library of criminology, criminal justice and penology, 1998. p. 234.
"Rather, it considers the criminal justice system and it pursues systemic rationality and efficiency. It seeks to sort and classify, to separate the less from the more dan-

Trata-se, na verdade, não de eliminar o crime, mas, sim, de torná-lo tolerável por meio da implementação de mecanismos reguladores. Nessa perspectiva extremamente objetiva do problema, a criminalidade é vista como um fato inevitável. Ao invés de gastar recursos políticos e financeiros com o fim de reformar a conduta individual (estratégia que, até hoje, não se mostrou muito eficaz), seria preferível identificar e gerenciar eficientemente os grupos considerados perigosos. "Esse novo saber criminal pretende racionalizar a operação dos sistemas que administram criminosos, não lidar com a criminalidade. As mesmas técnicas que podem ser usadas para melhorar a circulação de bagagem nos aeroportos ou a entrega de comida a tropas, podem ser usadas para aperfeiçoar a eficiência do sistema penal"[17] (trad. nossa).

Entre as recentes estratégias, podemos ressaltar aquelas que visam a diminuir os custos estatais com a prisão por meio de técnicas de controle indireto – como o monitoramento eletrônico dos condenados (pelo uso de pulseira ou tornozeleira eletrônicas) e a imposição de obrigações após a saída da prisão (proibição de deixar a casa após determinados horários ou de frequentar certos lugares e restrição a viagens ou mudanças de endereço etc.) –, que são verdadeiras formas de detenção sem muros. Outra técnica usada para diminuir os custos e, ao mesmo tempo, aumentar a eficiência da máquina penal é a instauração de um sistema de punição seletiva. Trata-se de concentrar, a partir de mecanismos de classificação e agrupamento, os recursos para a neutralização dos criminosos mais perigosos e de instaurar penas mais curtas para os menos perigosos. A essa estratégia os anglo-saxões chamaram "incapacitação seletiva":[18] "Essa abordagem propõe um regime de punição no qual a duração da sentença baseia-se não na natureza da ofensa criminal ou na aferição do caráter do ofensor, mas em perfis de risco. Seus objetivos são identificar os ofensores de alto risco e manter sobre eles um controle de longo prazo, investindo, ao mesmo tempo, em

---

gerous, and to deploy control strategies rationally. The tools for this enterprise are 'indicators', prediction tables, population projections, and the like. In these methods individualized diagnosis and response is displaced by aggregate classification systems for purposes of surveillance, confinement and control".

17. Idem, p. 249.
"This new criminal knowledge aims at rationalizing the operation of the systems that manage criminals, not dealing with criminality. The same techniques that can be used to improve the circulation of baggage in airports or delivery of food to troops can be used to improve the penal system's efficiency."

18. Selective incapacitation.

penas mais curtas e menos intrusivas para os ofensores de baixo risco"[19] (trad. nossa).

Seguindo essa linha de raciocínio, a avaliação de periculosidade deveria, gradualmente, tornar-se uma apreciação puramente matemática, baseada em cálculos probabilísticos de riscos. Na prática, entretanto, é impossível criar uma fórmula matemática para aferir se um indivíduo é ou não perigoso. Componentes como a personalidade do autor do crime e a natureza do crime praticado são inevitavelmente os únicos critérios disponíveis aos juízes e psicólogos para "medir" a periculosidade, o que corrobora a tese de que um direito penal norteado pelo conceito de "periculosidade" é, necessariamente, um direito penal do autor.

Uma das implicações interessantes dessa racionalidade é tratar o homem em termos de *homos œconomicus*.[20] Neste caso, no entanto, não mais o criminoso é visto como o homem racional, que calcula os custos e benefícios de seu crime, mas, sim, as potenciais vítimas, que seriam capazes de calcular os riscos de suas condutas. Com efeito, em uma sociedade onde o tema da prevenção está no coração do discurso criminal, podemos – ao invés de pretender transformar o comportamento dos potenciais ofensores – tentar mudar o comportamento das parcelas vitimizadas da sociedade, pressupondo que estas sejam capazes de prever e reduzir os riscos aos quais se expõem. "Conter, portanto, de um lado do espectro e do outro: modificar o comportamento não mais dos criminosos, mas das potenciais vítimas, e modificar seu comportamento não por meio das velhas técnicas de aconselhamento etc., mas permitindo-lhes tomar decisões com o recurso a informações e à identificação de riscos provenientes do atuarialismo. (...) Os seres humanos são então reduzidos a máquinas de calcular atomizadas. Devem fazer escolhas racionais em relação ao gerenciamento do crime e à redução de riscos"[21] (trad. nossa).

---

19. FEELEY, Malcom M.; SIMON, Jonathan, op. cit., p. 240.
"This approach proposes a sentencing scheme in which lengths of sentence depend not upon the nature of the criminal offense or upon an assessment of the character of the offender, but upon risk profiles. Its objectives are to identify high risk offenders and to maintain long-term control over them while investing in shorter terms and less intrusive control over lower risk offenders".

20. *Homo œconomicus:* empreendedor de si mesmo, constituindo por si mesmo seu próprio capital, sendo por si mesmo seu próprio produtor e a fonte de seus rendimentos. FOUCAULT, Michel. *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*. Paris: Seuil/Gallimard, 2004. p. 67.

21. PRATT, John. Dangerousness, risk and technologies of power. *Crime and risk society*. The international library of criminology, criminal justice and penology, 1998. p. 322.

A criação de um Cadastro Nacional de Pedófilos[22] decorreria dessa lógica. O Cadastro Nacional de Pedófilos permitiria a divulgação na Internet dos seguintes dados referentes aos condenados por crimes sexuais contra crianças e adolescentes: nome, endereço, trabalho, idade, foto, crimes praticados, entre outros. O projeto inspira-se na Lei Federal 109-248[23] dos Estados Unidos. Esse tipo de política criminal gera diversos efeitos, entre os quais a estigmatização de parcelas da população e a privatização da segurança pública. Ao criar um cadastro que permite aos civis identificarem os "indivíduos perigosos" e, dessa forma, se protegerem, o Estado está, na realidade, transferindo parcialmente ao cidadão a função de identificação e gerenciamento de riscos. As possíveis consequências disso vão da exclusão social dos ex-condenados a verdadeiros atos civis de vingança. A pena, mesmo que cumprida conforme as exigências legais, estende-se para a vida civil do sujeito, impossibilitando qualquer tipo de reintegração à sociedade.

A despeito das transformações suscitadas pelo aparecimento da biopolítica, não se deve criar uma dicotomia entre os mecanismos de poder disciplinar e os mecanismos de biopoder. Essas duas tecnologias de poder são antes complementares do que concorrentes. Um dos aspectos, por exemplo, das atuais políticas criminais remete a traço característico do poder disciplinar: a vigilância. O sonho do panóptico, de Jeremy Bentham,[24] permanece no âmago das po-

---

"Contain, then, at one end of the spectrum and at the other: change the behavior not of criminals any more, but of potential victims and change their behavior not through the old techniques of counseling etc, but by allowing them to make choices through recourse to the information and identification of risks that actuarialism provides. (...) Now human beings are recast as atomized calculating machines. They must make rational choices in relation to crime management and risk reduction".

22. BRASIL. Projeto de Lei do Senado 338, de 06 de agosto de 2009. Autor: Senadora Marisa Serrano. Ementa: altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever o direito de acesso público a informações sobre condenados por crimes contra a liberdade sexual de criança ou adolescente, e dá outras providências. Local: 07.04.2011 – Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. Situação: 07.04.2011 – Matéria com a Relatoria. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=92459]. Acesso em: 27.09.2011.

23. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Public Law 109-248, July 27, 2006. Adam Walsh Child Protection and Safety Act of 2006. *United States Statutes at Large*, July 27, 2006. N. de emissão da publicação: 120 Stat. 587. Disponível em: [www.justice.gov/criminal/ceos/Adam%20Walsh.pdf]. Acesso em: 27.09.2011.

24. BENTHAM, Jeremy. *Le panoptique. Précédé d'un entretien de Jean-Pierre Barou et Michelle Perrot avec Michel Foucault; postface de Michelle Perrot*. Paris: P. Belfond, 1977. p. 221.

líticas de prevenção ao crime, e a "nova era da vigilância" é caracterizada pela tecnologia eletrônica. As atuais técnicas de observação permitem outro grau de vigilância, menos limitado pelas distâncias e obstáculos físicos: seu olhar penetra portas fechadas e pode entrar em malas; invade até mesmo o pensamento e as emoções de indivíduos. Aliás, esse parece ser um universo mais orwelliano do que benthamiano: "O mundo contemporâneo é caracterizado por uma nova tecnologia de vigilância, que tem o potencial de redefinir o significado de privacidade e de direitos humanos. Um novo olhar sobre cada um é necessário, pois essa nova tecnologia inclui o uso cada vez mais prevalente de analisadores de respiração, detectores de movimento, polígrafos, tornozeleiras eletrônicas, aparelhos de monitoramento continuado, aparelhos de escuta, grampos, amplificadores de luz, analisadores de tom de voz e de cérebros, e o mais recente processo de identificação permitido pelas pesquisas de DNA, a 'impressão digital eletrônica'"[25] (trad. nossa).

A identificação e a prevenção de riscos envolvem, necessariamente, um esquema de vigilância potencializada sobre os cidadãos: as câmeras, os gravadores, os radares, as carteiras de identidade e passaportes magnéticos, os detectores de metal e, sobretudo, a Internet fazem de qualquer indivíduo um possível alvo de observação e controle. Os objetivos do projeto panóptico são facilmente atingidos com a tecnologia eletrônica: olhar invisível do vigilante e vigilância de cada um sobre si mesmo. É o efeito mesmo de se sentir constantemente observado; o indivíduo que sempre teme ser vigiado tende a interiorizar a regra do seu próprio assujeitamento: "(...) aquele que é submetido a um campo de visibilidade, e que o sabe, retoma por sua conta as coerções do poder; ele os faz agir espontaneamente sobre si mesmo; inscreve em si a relação de poder no qual desempenha simultaneamente os dois papéis; ele torna-se o princípio do seu próprio assujeitamento"[26] (trad. nossa). No fim das contas, somos todos

---

25. LILLY, J. Robert. Tagging reviewed. *Crime and risk society*. The international library of criminology, criminal justice and penology, 1998. p. 358.
"The contemporary world is characterized by a new surveillance technology which has the potential to redefine the meaning of privacy and human rights. A new regard for each is required because the new technology includes the increasingly prevalent use of breath analysers, motion detectors, polygraphs, electronic anklets, continuous monitoring devices, bugs, wiretaps, light amplifiers, voice stress and brain analysis, and the more recent identification process afforded by DNA research on 'genetic fingerprinting'".

26. FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir*. Paris: Gallimard, 1987. p. 139.
"(...) celui qui est soumis à un champ de visibilité, et qui le sait, reprend à son compte les contraintes du pouvoir; il les fait jouer spontanément sur lui-même; il

vigilantes e vigiados: "Não somente qualquer pessoa pode ser observada, como também todo mundo é um potencial observador"[27] (trad. nossa).

Outra técnica disciplinar indispensável ao sistema de classificação e distribuição dos indivíduos em termos de periculosidade é o exame. É o exame do indivíduo delinquente – de sua história, de suas condutas, de seus hábitos, de seu modo de vida – que permite "medir" o "risco" que ele pode representar para a sociedade. Michel Foucault ressalta que o *exame* é uma das técnicas mais caras ao poder disciplinar, pois "(...) o exame combina as técnicas da hierarquia que vigia e aquelas da sanção que normaliza. É um olhar normalizador que permite qualificar, classificar e punir"[28] (trad. nossa). A partir do exame individual e da criação de registros, torna-se possível ampliar o objeto de análise, criar estatísticas e separar os indivíduos em diferentes "grupos de risco".

### *4.2 A noção de periculosidade e a justiça criminal*

Pode-se dizer que a periculosidade é atualmente um dos temas mais recorrentes na política criminal dos países ocidentais, em particular nos países anglo-saxões. "'Periculosidade' parece ser um dos temas mais prevalentes no direito criminal dos países anglo-saxões no momento. Quer dizer, nos últimos anos, para onde quer que olhemos nessa parte do mundo, encontramos legislação que contém medidas para permitir os tribunais a sentenciar aqueles que são julgados "ofensores perigosos" a prazos indefinidos de encarceramento – prática geralmente conhecida como detenção preventiva – impondo, ao mesmo tempo, restrições especiais em relação à sua subsequente liberdade condicional"[29] (trad. nossa).

---

inscrit en soi le rapport de pouvoir dans lequel il joue simultanément les deux rôles; il devient le principe de son propre assujetissement".

27. LILLY, J. Robert, op. cit., p. 359.
"Not only might anyone be watched, everyone is also a potential watcher."

28. FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir* cit., 1987. p. 187.
"L'examen combine les techniques de l'hiérarchie qui surveille et celles de la sanction qui normalise. Il est un regard normalisateur qui permet de qualifier, de classer et de punir."

29. PRATT, John, op. cit., p. 298.
"'Dangerousness' appears to be one of the most prevalent themes in the criminal law jurisdictions of English speaking countries at the present time. That is to say, in the last few years, wherever we look in this part of the world, we find legislation that contains measures to allow the courts to sentence those judged to be 'dangerous offenders' to indefinite terms of imprisonment – usually known as

Vimos, na primeira parte desse trabalho, quais foram as condições históricas que possibilitaram o surgimento desse conceito, notadamente com as novas teorias da Escola de Antropologia Criminal da segunda metade do século XIX sobre a degenerescência e o atavismo. Para a escola positivista, a sentença deveria se basear precisamente no grau de periculosidade do indivíduo, e não nas noções de responsabilidade e culpa. Se as ideias de Cesare Lombroso e de outros teóricos desse período pareciam estar definitivamente superadas, é preciso atentar para o fato de que, ao contrário, elas passaram a integrar definitivamente o direito criminal – principalmente por meio da ideia de periculosidade – e de que as atuais teorias criminológicas recolonizam e dão um novo corpo às velhas teses da escola positivista. Com o Direito Penal do Risco, reaparece com todo vigor a figura do "indivíduo perigoso", que nada mais é do que a reformulação da imagem do "degenerado" ou do "criminoso nato", que habitou durante muito tempo os livros de criminologia e psiquiatria do século XIX. Se o "indivíduo perigoso" era uma figura que, até o início do século XX, não era da competência nem propriamente da justiça criminal, nem propriamente da psiquiatria, ele foi – a partir das teorias criminológicas da Escola Positivista – gradualmente incorporado à legislação penal e se tornou hoje o principal alvo de políticas criminais preventivas. "Entretanto, se até o momento esses ofensores perigosos pareciam ter-se libertado do sistema de justiça criminal existente, de suas restrições e seus terrores, se se tinham colocado em uma efêmera *terra nullius*, para além do alcance tanto do direito quanto da psiquiatria, o impacto da nova criminologia na virada do século (...) imediatamente colonizou esse espaço e colocou seus habitantes sob os poderes regulatórios que introduziu nos sistemas penais ocidentais"[30] (trad. nossa). É então necessário estudar as primeiras aparições do conceito de periculosidade na legislação penal e compreender a sua atual função na política criminal dos países ocidentais.

Segundo John Pratt, é na União Nacional de Direito Criminal de 1890, em São Petersburgo, que a expressão "periculosidade" aparece pela primeira vez

---

preventive detention – while at the same time often imposing special restrictions to their release on parole."

30. Idem, p. 303.
"However, if until now, these dangerous offenders seemed to have broken free of the existing criminal justice system and its constraints and terrors, if they had placed themselves in some short lived terra nullius, beyond the reaches of both law and psychiatry, the impact of the new penology around the turn of the century (...) immediately colonized this space and brought its inhabitants under the regulatory powers it introduced to Western penal systems."

no universo criminológico internacional, ainda que os médicos da Escola de Antropologia Criminal já falassem sobre o "criminoso nato" e o "degenerado" desde 1840. Naquele momento, propuseram o conceito de "periculosidade" para tratar da questão da incapacitação dos criminosos habituais por meio de penas especiais.

Um aspecto significativo da história desse conceito é que, na sua origem, a periculosidade era caracterizada pela habitualidade da atividade criminal, e não pela gravidade do crime. Com efeito, os delitos praticados por infratores habituais eram bastante banais: tratava-se quase sempre de pequenos atentados contra a propriedade privada. A habitualidade em si era um sinal de incorrigibilidade e justificava, portanto, a neutralização desses pequenos delinquentes. Esse fato demonstra que o conceito de periculosidade variou segundo as transformações e os valores sociais: "Ele não existe, portanto, como uma entidade pré-dada. (...) Mas o que é talvez mais surpreendente de tudo nos debates sobre a periculosidade desse período, é a preocupação com ofensas contra a propriedade"[31] (trad. nossa).

Como mencionado, o século XX foi marcado pela tomada de poder sobre a vida (em termos biológicos) por meio dos dispositivos de segurança colocados em prática pela biopolítica. O Estado liberal, ao lado das liberdades individuais, também introduziu novos direitos e garantias, entre os quais o mais importante é certamente o direito à vida. Se a noção de perigo gradualmente se deslocou de um conceito centrado sobre o criminoso habitual e os atentados contra a propriedade, para focalizar as ofensas graves contra a vida, é porque houve uma transformação na economia do exercício do poder. Do poder disciplinar – em que a figura do "incorrigível" ocupava o lugar central – passou-se ao biopoder, que tem como principal preocupação a preservação da vida e da integridade corporal da população.

O que temos a partir do fim do século XIX não é tanto um interesse na quantidade de crimes que um indivíduo cometeu, mas, sobretudo, na natureza do crime cometido. A questão da periculosidade é hoje avaliada não com base na incorrigibilidade do infrator, mas em uma estimativa sobre a probabilidade de ele cometer outro crime de natureza grave no futuro.

O problema a que os criminólogos e juristas são sempre confrontados quando se trata de periculosidade é que não existe, de fato, uma definição precisa desse

31. Idem, p. 303.
"It does not exist, then, as a pre-given entity. (...) but perhaps what is most striking of all in the dangeroussness debates of this period is the preoccupation with offences against property."

conceito no campo da psicologia ou psiquiatria: "'periculosidade' não é um conceito objetivo. Perigos são riscos inaceitáveis. Podemos medir o risco. Risco é, em princípio, uma questão de fato; mas o perigo é uma questão de julgamento ou opinião – uma questão do que estamos dispostos a tolerar"[32] (trad. nossa).

Jean Floud, em sua crítica à utilização do conceito de periculosidade na justiça penal, ressalta questões importantes. Ele demonstra, por exemplo, como o julgamento baseado no grau de periculosidade do indivíduo pode ser completamente ineficaz: "O que é surpreendente – e muito alarmante – é descobrir, sempre que se podem testar os julgamentos por meio do acompanhamento da carreira dos ofensores 'perigosos' após a liberação, quão imprecisas são as estimativas de periculosidade. Estatísticos calcularam as probabilidades: existem tantos julgamentos de 'perigoso' invalidados pelo comportamento subsequente do ofensor (...) quanto julgamentos de '*não perigoso*' invalidados por subsequentes graves ofensas cometidas. (...) No atual estado da questão, as comissões de liberdade condicional ou organizações semelhantes, para não mencionar os tribunais, têm, em média e na melhor das hipóteses, a mesma probabilidade de estarem certas ou erradas, ao pensarem que os ofensores que decidem deter como perigosos irão realmente causar mais danos graves, caso deixados em liberdade"[33] (trad. nossa).

### *4.3 A neutralização de riscos*

O principal objetivo da avaliação de periculosidade na justiça criminal é muito simples: identificar os "criminosos perigosos" e impedi-los de cometer

32. FLOUD, Jean. Dangeroussness and criminal justice. *Crime and risk society*. The international library of criminology, criminal justice and penology, 1998. p. 257.
"'Dangeroussness' is not an objective concept. Dangers are unacceptable risks. We can measure risk (...). Risk is, in principle, a matter of fact; but danger is a matter of judgment or opinion – a question of what we are prepared to put up with."

33. Idem, p. 261-262.
"What is surprising – and very alarming – is to discover just how wide of the mark it turns out to be, whenever it is possible to put predictive judgments to the test by following the post-release careers of "dangerous" offenders. Statisticians have calculated the probabilities: so many judgments of *dangerous* falsified by the offender's subsequent behavior (...) and so many judgments of *safe* falsified by the further serious offences he commits. (...) As matters now stand, parole boards and similar bodies, to say nothing of courts, are, on average, at best as likely to be wrong as right in thinking that the offenders they decide to detain as dangerous will actually do further serious harm if left at large."

um novo crime, por meio do seu encarceramento, da sua submissão a algum tratamento ou da imposição de obrigações após sua saída da prisão. A criminologia anglo-saxã denomina essa política "incapacitação seletiva". Na realidade, ela não se distingue muito daquilo que haviam proposto os médicos da Escola de Antropologia Criminal do final do século XIX: uma pena baseada no grau de periculosidade do criminoso e não mais na ideia de responsabilidade e culpa. O fim da pena, nessa perspectiva, não deve ser a retribuição ou reabilitação, mas, sim, a defesa social, entendida como a neutralização dos criminosos perigosos.

A contrapartida dessa política criminal é o discurso de sensibilização em relação ao crime (ou a determinadas espécies de crime): é preciso alertar a população para os "perigos". Os políticos, os programas de rádio e televisão e a mídia impressa contribuem enormemente para a criação de uma cultura do medo e da sensação de insegurança, condições básicas para implementação dessa política. A teoria da incapacitação seletiva, ao contrário das outras teorias sobre a função da pena, desperta interesse social, pois passa uma mensagem clara e compreensível à população: "A teoria da dissuasão, a teoria da ressocialização, o modelo retributivo e outras teorias que justificam a pena são uma abstração aos olhos do público, se ele tem sequer consciência delas. Dessa forma, é improvável que qualquer uma se torne a racionalidade diretriz de políticas de correção. Comparativamente, a noção de que a prisão torna os criminosos incapazes, prevenindo que pratiquem crimes, é a simplicidade em si. (...) Quando políticos invocam a demanda pública de endurecer a reação ao crime, a solução que encontram mais frequentemente resume-se a 'limpar' os criminosos das ruas e a impedi-los (por meio do aprisionamento ou da morte) de causar futuros danos à sociedade"[34] (trad. nossa).

Apesar da simplicidade dos discursos políticos sobre a "periculosidade" de certos criminosos e sobre a proteção dos cidadãos, uma justiça penal baseada

34. BLACKMORE, John; WELSH, Jane. Selective incapacitation: sentencing according to risk. *Crime and risk society*. The international library of criminology, criminal justice and penology, 1998. p. 275.
"Deterrence theory, rehabilitative sentencing, the just deserts model, and the other competing rationales for imprisonment are abstractions in the public eye, when the public is aware of them at all. As such, one or the other is unlikely to become the guiding rationale for corrections policy. By comparison, the notion that prisons incapacitate criminals, that is, prevent them from committing crime, is simplicity itself. (...) When politicians invoke the public's demand to get tough on crime, their most common solution boils down to removing criminals from the streets and incapacitating them (by imprisonment or death) from causing further harm."

em avaliações imprecisas de risco faz surgir dilemas éticos sérios. O discurso da segurança pública não deve tornar-nos cegos aos problemas suscitados por uma política criminal essencialmente preventiva. Mesmo no calor dos acontecimentos, é preciso manter a lucidez para se perguntar sobre as possíveis consequências dessa política.

Várias questões devem ser postas: a avaliação do grau de periculosidade constituiria uma justificativa legítima para encarcerar ou restringir os direitos de cidadãos? Tendo em vista a probabilidade de erro nessas avaliações, baseado em quais motivos se poderia justificar o grave prejuízo causado às vítimas de um julgamento equivocado? Enfim: se reconhecermos que todos são potenciais agressores, pode-se transferir o fardo do risco para aqueles que foram condenados (ou seja, para aqueles que foram "selecionados" pela justiça criminal): "Por que deslocar o fardo do risco, se é que algum deve ser deslocado, para os ombros dos ofensores condenados? Por que limitar os testes de periculosidade a eles? Por que não, alguns críticos perguntam, aplicar testes de periculosidade a todos nós e, no interesse da defesa social, introduzir o que tem sido chamado de 'confinamento civil preventivo'?"[35] (trad. nossa). Esses são alguns dos questionamentos que devem ser colocados e que permanecem, entretanto, ignorados pela maior parte da população e dos dirigentes políticos. Enquanto não conseguirmos responder a essas indagações de maneira satisfatória, não poderemos aceitar nenhuma justificativa legal ou moral para a introdução da noção de periculosidade na política de prevenção ao crime.

## 5. CONCLUSÃO: O CASO BRASILEIRO

"Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso."[36]

Para concluir, gostaríamos de examinar brevemente como se apresenta no Brasil o chamado direito penal do risco. Como dissemos, a política criminal

35. FLOUD, Jean, op. cit., p. 262.
"Why shift the burden of risk, if any is to be shifted, only on the shoulders of convicted offenders? Why confine tests of dangerousness to them? Why not, some critics ask, apply tests of dangerousness to us all and, in the interests of social defense, introduce what has been called 'civil preventive confinement'?"

36. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 18.

de defesa social foi desenvolvida nos países da Europa Ocidental e da América do Norte, especialmente nos países anglo-saxões. Não podemos afirmar que esse modelo reja a política penal brasileira. Ele aparece, entretanto, de maneira descontínua e pouco sistematizada, em legislações esparsas e na prática judiciária penal. Além disso, ele ganha cada vez mais espaço na mídia, no cenário político e na sociedade civil. O discurso preventivo – que tende a estigmatizar os autores de determinados crimes e a criar uma segregação entre os chamados "cidadãos do bem e os cidadãos do mal", entre indivíduos perigosos e indivíduos a serem protegidos – é facilmente compreendido pelo público, que também passa a adotá-lo, criando, por vezes, um verdadeiro clamor social por repressão mais severa a certos tipos de criminalidade.

Efetivamente, o Brasil não está imune à influência das políticas penais praticadas pelos países ocidentais do norte. Vimos um exemplo disso no item anterior quando discutimos o PL 338/2009, que propõe a criação de um Cadastro Nacional de Pedófilos. Poderíamos também citar a Lei 12.258/2010, que altera a lei de execução penal, para prever a imposição de condições para a saída temporária do condenado[37] e a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta (monitoração eletrônica) pelo condenado nos casos em que especifica.[38]

Merece atenção a análise de Eugenio Raúl Zaffaroni sobre o tema. Em *O inimigo no direito penal*, ele ressalta que é por meio do confinamento cautelar (prisão preventiva ou provisória) que se verifica a aplicação de um direito penal do risco na América Latina. O autor afirma que o confinamento cautelar representa, na realidade, o segmento mais importante do direito penal latino americano, visto que 3/4 dos presos da região lhe estão submetidos. O sistema penal oficial desdobra-se, assim, em sistema penal cautelar (pré-condenatório)

37. BRASIL. Lei 12.258, de 15 de junho de 2010. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 16.06.2010. Disponível em: [http://200.181.15.9/CCIVIL_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12258.html]. Acesso em: 07.09.2011.
"Art. 124. (...) § 1.º Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado: I – fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício; II – recolhimento à residência visitada, no período noturno; III – proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres."

38. Idem.
"Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: (...) II – autorizar a saída temporária no regime semiaberto; (...) IV – determinar a prisão domiciliar; (...)."

e sistema penal de condenação. O problema é que o primeiro nega valor ao princípio da presunção de inocência, tornando-se uma pena baseada simplesmente na suspeita e na aferição de periculosidade: "é configurado um sistema penal cautelar diferente do sistema penal de condenação, no qual operam como pautas a seriedade da suspeita de cometimento de um delito (...) e as considerações de periculosidade e dano, provenientes do positivismo do século XIX, ou seja, da individualização ôntica do inimigo".[39]

Uma lei publicada recentemente no Brasil pode modificar esse cenário. A Lei 12.403/2011[40] altera dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, à fiança, à liberdade provisória e às demais medidas cautelares. De acordo com as mudanças, no lugar da prisão, o juiz poderá determinar uma série de medidas, como o monitoramento com tornozeleira eletrônica, a proibição de frequentar lugares públicos e a restrição a viagens, entre outras. Para crimes com penas inferiores a quatro anos, a prisão preventiva passará a ser decretada como última alternativa. Os delegados também poderão arbitrar fianças para crimes considerados mais leves, como furtos simples, formação de quadrilha ou maus tratos, evitando novas prisões. Resta saber se a lei será efetivamente aplicada e se os presos que estão atualmente submetidos a uma prisão cautelar por crimes leves serão libertados. Isso dependerá de como os magistrados julgarão a adequação da prisão cautelar em cada caso. A nova lei revela uma tendência a sistematizar e racionalizar a imposição da pena cautelar, restringindo-a a casos mais graves. A ideia de reduzir as penas restritivas de liberdade (pois a prisão cautelar é uma verdadeira pena) dos autores de crimes leves – substituindo-as por outras medidas, como o uso de monitoramento eletrônico – e reservar as detenções longas aos autores de crimes graves constitui o princípio básico da incapacitação seletiva, estudada anteriormente. Essa medida visa à diminuição do dispêndio do Estado e ao desafogamento das prisões.

Poderíamos dizer que hoje está surgindo um terceiro segmento do direito penal: o sistema penal pós-condenatório. Este tem como função manter o condenado preso mesmo após ele ter cumprido todos os prazos legais de sua condenação, com base no risco de que sejam cometidos outros crimes de natureza grave no futuro. A Lei 2008-174 relativa à retenção de seguridade e

39. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 110.

40. BRASIL. Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 05.05.2011. Disponível em: [www.pc.ro.gov.br/portal/index.php/component/content/article/4/280.html]. Acesso em: 07.09.2011.

à declaração de irresponsabilidade penal por distúrbio mental,[41] promulgada na França em 2008, demonstra claramente como funciona esse novo segmento do direito penal. Essa lei estabelece a possibilidade da pessoa condenada por determinados crimes sexuais e violentos, após o fim do cumprimento de sua sentença, ser submetida a uma retenção de seguridade. A decisão sobre a adequação da retenção de seguridade fundamenta-se num exame que deverá dizer se a pessoa apresenta uma particular periculosidade caracterizada por uma probabilidade muito elevada de reincidência. A retenção de seguridade é imposta por dois anos, período que pode ser renovado *ad eterno*, dando à medida de contenção um caráter potencialmente perpétuo.

Não muito distante do modelo francês, temos, no Brasil, um exemplo emblemático da instauração de um sistema penal pós-condenatório: a chamada Unidade Experimental de Saúde, de São Paulo. A criação dessa unidade se deu depois de um caso de sequestro, estupro e homicídio de dois jovens em uma periferia de São Paulo, em 2003.[42]

Os dois jovens, a garota de 16 anos e o garoto de 19 anos, foram passar um fim de semana longe dos pais. Eles decidiram acampar a alguns quilômetros de Embu-Guaçu, na estrada do Belvedere. À noite, o então adolescente C. e seu amigo, P., invadiram a barraca do casal e levaram-no à casa de A. Lá o casal passou a noite. Ele foi colocado em um dos quartos e ela foi levada para o outro, onde foi estuprada diversas vezes pela dupla de amigos ao longo da noite. Na manhã seguinte, C. e P. saíram com o casal. Quando acharam uma trilha fechada, deram um tiro de espingarda na nuca do jovem de 19 anos. Ele morreu instantaneamente. A adolescente foi mantida refém durante mais três dias, ao fim dos quais foi assassinada por C. a golpes de facão.

C., que tinha 16 anos à época, foi encaminhado à Fundação do Bem-Estar do Menor para cumprir sua medida socioeducativa por três anos, prazo máximo permitido pela legislação. Às vésperas de chegar ao limite da internação, em 2006, dois fatos sucederam: o julgamento dos companheiros do crime,

41. FRANÇA. Loi n. 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. *Journal Officiel de la République Française*, Paris, 26 février 2008. Disponível em: [www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=5FD6B7D18AB1026A6F232ACAD91E6EAE.tpdjo08v_1?cidTexte=JORFTEXT000018162705&categorieLien=id]. Acesso em: 12.09.2011.

42. Para resguardar a privacidade dos envolvidos nessa história, ocultaremos aqui os seus nomes reais.

todos condenados a penas pesadas, e a fuga de C. da Febem. Ele foi capturado no mesmo dia, mas o acontecimento desencadeou uma campanha sensacionalista por parte de programas de rádio e televisão e de colunas e seções de cartas dos jornais. Por toda parte, atacava-se o fato de a lei colocar em liberdade um "estuprador e assassino".

Diante de tal clamor popular, o então promotor do Departamento de Execução da Infância e Juventude de São Paulo, concebeu uma saída legal. Com base em um dos laudos psiquiátricos de C., ele pediu a suspensão do prazo de internação e aplicou uma medida protetiva de tratamento psiquiátrico, com contenção. Em seguida, ele pediu a interdição cível. Declarou-se o assassino um doente mental, o que significava mantê-lo preso. Faltava apenas achar um lugar onde ele pudesse ser "tratado".

Foi nesse contexto que surgiu a Unidade Experimental de Saúde (USS) onde C. está até hoje. A USS abriga jovens que cometeram atos infracionais análogos a crimes quando menores de idade e que já cumpriram todos os prazos legais da medida socioeducativa. No entanto, como cometeram atos infracionais análogos a crimes hediondos ou violentos, tiveram sua sanidade mental contestada e foram civilmente interditados. Determinou-se que eles têm distúrbios graves de personalidade e que, portanto, oferecem riscos para a sociedade. Só saem da USS quando um laudo psiquiátrico atestar que sua periculosidade cessou, e um juiz endossar tal avaliação.

Outros laudos psiquiátricos de C. desconsideraram totalmente a hipótese de que ele tenha um transtorno de personalidade; eles atestam que ele não é doente. C. entende a diferença entre o certo e o errado, mesmo que tenha precária noção das consequências de seus atos. Os laudos coincidem em que C. tem consciência do que faz, em que não age dominado pela fúria de um louco.

"A Unidade é uma Guantánamo jurídico-psiquiátrica: ela existe num vácuo legal, é um arremedo que ninguém quer desativar."[43] É preciso observar que os jovens mantidos na USS não têm uma verdadeira enfermidade mental, não apresentam sinais de delírio ou alucinação; afirma-se que eles têm um "transtorno orgânico de personalidade". Em outros termos, são os criminosos natos ou degenerados do século XIX; não são loucos, mas, sim, "perigosos". Ao dizer que esses jovens apresentam um risco para a sociedade, justifica-se que eles fiquem encarcerados além do prazo legal e submetidos a uma avaliação psiquiátrica de periculosidade para serem libertados.

---

43. LIGABUE, Luiz Henrique. Os que morrem, os que vivem. *Revista Piauí* 56/64.

O confinamento pós-condenatório é híbrido, uma vez que mistura elementos da pena comum e da medida de segurança. Os acusados não são considerados doentes mentais no momento do julgamento e são encaminhados, deste modo, para o sistema prisional comum. No momento em que devem ser liberados, por terem cumprido os prazos de sua pena (ou medida socioeducativa), têm sua sanidade mental questionada e determina-se a presença de um "distúrbio de personalidade", caracterizado pela própria periculosidade. A exemplo das medidas de segurança, o confinamento pós-condenatório constitui efetivamente uma pena, mas sem os limites e as garantias das penas comuns. Nesse caso, existe ainda um agravante: os indivíduos que são submetidos a semelhante confinamento já passaram pelo sistema prisional e responderam pelo crime cometido. A detenção posterior ao cumprimento da pena seria, logo, uma espécie de punição antecipada por crimes futuros, hipotéticos. O indivíduo deixa de ser simplesmente o autor de um crime para tornar-se uma virtualidade de atos.[44]

O caso da USS de São Paulo é, talvez, o maior exemplo da existência de uma política criminal de defesa social no Brasil, mas não é o único. É possível encontrar na jurisprudência sentenças que se baseiam no grau de periculosidade do réu para fundamentar penas mais severas, mesmo quando esses réus não são declarados doentes mentais. Vejamos o conteúdo do voto de um juiz do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais[45]: "Há algum tempo, venho-me debatendo com uma hipótese que entendo preocupante. Ela poderia ser resumida da seguinte forma: pode uma autoridade incumbida de combater a criminalidade e, em consequência, estando obrigada a zelar para que os elementos periculosos não venham a consumar seus crimes, pode essa autoridade, figura na qual me vejo, desconhecer ou desprezar, em nome de interpretações rígidas sobre regras legais, indicadores sociais que apontariam graves ocorrências em desfavor de um ou outro elemento, mesmo quando menores de 18 anos ou ainda quando primários ou não reincidentes? Ora, ao sentenciar um jovem que acabou de completar seus 18 anos e já se envolve em um crime, pode o juiz ignorar esse indicador terrível, que mostra o potencial deste jovem para, em nome de uma interpretação restrita, entender que,

44. FOUCAULT, Michel. *La évolution de la notion d' "individu dangereux"*... cit., p. 462.

45. MINAS GERAIS. Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada. Acórdão. Apelação criminal n. 2.0000.00.333787-9/000(1). Estado de Minas Gerais e Nézio Lourenço Gomes. Relator: Desembargador Rosauro Vieira Junior. Espera Feliz, 05.09.2001. Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, 22.09.2001. Disponível em: [www.tjmg.gov.br]. Acesso em: 07.09.2011.

sendo ele primário e de bons antecedentes, tecnicamente falando, não pode receber um regime mais grave ou que possa ainda ser beneficiado com alguns dos muitos privilégios que a lei penal tem gerado ultimamente? No meu caso, não consigo responder afirmativamente a esta questão, pois sinto que não posso expor a sociedade à sanha de elementos comprovadamente perigulosos, desconhecendo indicadores tão marcantes, tudo em nome de formalidades e princípios que privilegiam o indivíduo em detrimento da coletividade, que fica a descoberto e se vendo obrigada a conviver com uma pessoa de grande periculosidade."

O uso de noções como periculosidade e risco para justificar a condenação criminal anuncia ter efeitos extremamente perversos. No Brasil, a aplicação delas se dá no caso da imposição de prisão cautelar, nas entrelinhas do julgamento penal e em casos extremos como a USS, que caracteriza uma verdadeira distorção jurídica. Ignorando garantias fundamentais colocadas por nossa Constituição Federal, a prática penal abre brechas a discursos absurdos, apoiando-se em conceitos que fogem aos próprios limites da lei e tendo como modelo as autoritárias políticas criminais executadas pelos chamados países desenvolvidos. Da política da tolerância zero à política da defesa social, as políticas penais modernas têm reproduzido uma sociedade aterrorizante. Se hoje – baseando-se no grau mítico de periculosidade do indivíduo – é possível manterem-se encarcerados jovens que cumpriram todos os prazos legais de suas medidas socioeducativas, pode-se entrever um futuro em que a aplicação da pena independerá mesmo do cometimento de um crime, em que passaremos a impor o confinamento civil preventivo a qualquer indivíduo considerado perigoso.

"Entretanto, ao colocar cada vez mais no primeiro plano não apenas o criminoso como sujeito do ato, mas também o indivíduo perigoso como virtualidade de atos, será que não se dão à sociedade direitos sobre o indivíduo a partir do que ele é? (...) Talvez se entreveja o que haveria de terrível em autorizar o direito a intervir sobre os indivíduos em função do que são: uma sociedade assustadora poderia advir daí"[46] (trad. nossa).

---

46. FOUCAULT, Michel. *La évolution de la notion d' "individu dangereux"...* cit., p. 462 e 464. "Cependant, en mettant de plus en plus en avant non seulement le criminel comme sujet de l'acte, mais aussi de l'individu dangereux comme virtualité d'actes, est-ce qu'on ne donne pas à la société des droits sur l'individu à partir de ce qu'il est? (...) Peut-être pressent-on ce qu'il y aurait de redoutable à autoriser le droit à intervenir sur les individus en raison de ce qu'ils sont: une terrible société pourrait sortir de là."

# 6. BIBLIOGRAFIA

## 6.1 *Livros, artigos e revistas*


BENTHAM, Jeremy. *Le Panoptique. Précédé d'un entretien de Jean-Pierre Barou et Michelle Perrot avec Michel Foucault; postface de Michelle Perrot.* Paris: P. Belfond, 1977.

BLACKMORE, John; WELSH, Jane. Selective incapacitation: sentencing according to risk. *Crime and risk society.* The international library of criminology, criminal justice and penology, 1998.

CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século.* Rio de Janeiro: Eduerj, 1998.

DAMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque: a medicalização do crime.* Trad. Regina Grisse de Agostino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

FEELEY, Malcom M.; SIMON, Jonathan. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Crime and risk society.* The international library of criminology, criminal justice and penology. 1998.

FLOUD, Jean. Dangerousness and criminal justice. *Crime and risk society.* The international library of criminology, criminal justice and penology, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Les anormaux. Cours au Collège de France (1974-1975).* Paris: Seuil/Gallimard, 1999.

_____. L'évolution de la notion d'"individu dangereux" dans la psychiatrie légale du XIX$^{e}$ siècle. *Dits et Écrits II. 1976-1988.* Paris: Gallimard, 2001.

_____. *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France (1975-1976).* Bertani, M. & Fontana, A. (eds.). Paris: Gallimard/Seuil, 1997.

_____. *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979).* Paris: Seuil/Gallimard, 2004.

_____. *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-1978).* Mesnil-sur-l'Estrée: Seuil/Gallimard, 2009.

_____. *Surveiller et punir.* Paris: Gallimard, 1987.

_____. *La volonté de savoir.* Paris: Gallimard, 2007.

LIGABUE, Luiz Henrique. Os que morrem, os que vivem. *Revista Piauí* 56. p. 64, maio 2011.

LILLY, J. Robert. Tagging reviewed. *Crime and risk society.* The international library of criminology, criminal justice and penology, 1998.

PRATT, John. Dangerousness, risk and technologies of power. *Crime and risk Society.* The international library of criminology, criminal justice and penology, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal.* Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

### *6.2 Legislação e jurisprudência*

BRASIL. Lei 12.258, de 15 de junho de 2010. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 16.06.2010. Disponível em: [http://200.181.15.9/CCIVIL_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12258.html]. Acesso em: 07.09.2011.

_____. Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 05.05.2011. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.html]. Acesso em: 07.09.2011.

_____. Projeto de Lei do Senado 338, de 06 de agosto de 2009. Autor: Senador – Marisa Serrano. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=92459]. Acesso em: 27.09.2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Public Law 109-248, July 27, 2006. Adam Walsh Child Protection and Safety Act of 2006. *United States Statutes at Large*, July 27, 2006. N. de emissão da publicação: 120 Stat. 587. Disponível em: [www.justice.gov/criminal/ceos/Adam%20Walsh.pdf]. Acesso em: 27.09.2011.

FRANÇA. Loi n. 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. *Journal Officiel de la République Française*, Paris, 26 février 2008. Disponível em: [www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=5FD6B7D18AB1026A6F232ACAD91E6EAE.tpdjo08v_1?cidTexte=JORFTEXT000018162705&categorieLien=id]. Acesso em: 12.09.2011.

MINAS GERAIS. Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada. Acórdão. Apelação criminal n. 2.0000.00.333787-9/000(1). Estado de Minas Gerais e Nézio Lourenço Gomes. Relator: Desembargador Rosauro Vieira Junior. Espera Feliz, 05.09.2001. Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, 22.09.2001. Disponível em: [www.tjmg.gov.br]. Acesso em: 07.09.2011.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Caminhos do direito penal brasileiro, de Miguel Reale Júnior – *RBCCrim* 85/41;

Considerações sobre o atual sistema de fundamentação e imposição da medida de segurança, de Adel El Tasse – *RCP* 9/137;

- Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco, de Pierpaolo Cruz Bottini – *RBCCrim* 61/44;
- Teoria da perigosidade criminal, de Bruno Aníbal – *RT* 779/751; e
- Transtorno mental e criminalidade na adolescência: notas para uma análise crítica da patologização do adolescente autor de ato infracional, de Maria Cristina Gonçalves Vicentin e Miriam Debieux Rosa – *RBCCrim* 78/320.

60957

# COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO NO CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA: O AGENTE NÃO ELENCADO NO ROL DO ART. 25 DA LEI 7.492/1986

1

*Co-perpetration and participation in the crime of fraudulent management: the unlisted agent in the list of article 25 Law 7.492/1986*

CAMILA AUSTREGESILO VARGAS DO AMARAL

Especialista em Direito Penal Econômico pela Escola de Direito da FGV (GVLaw) e em Direito Penal Econômico e Europeu pelo Instituto de Direito da Universidade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Comercial/Empresarial

RESUMO: O presente trabalho busca demonstrar, a partir dos conceitos de coautoria e participação, que o rol constante do art. 25 da Lei 7.492/1986 não esgota os agentes que podem ser responsabilizados pelo crime de gestão fraudulenta.

Por se tratar de delito próprio, mas não de mão-própria, entende-se que pode ser praticado por outras pessoas além daquelas constantes do dispositivo mencionado. Nesse caso, porém, é imprescindível que o sujeito, ainda que não exerça o cargo de diretor ou gerente, participe, de fato, da administração da instituição financeira para ser responsabilizado como coautor. Por outro lado, será responsabilizado a título de participação se, embora não tenha realizado diretamente nenhuma conduta, tenha voluntariamente con-

ABSTRACT: This essay intends to demonstrate, from the concepts of co-perpetrator and criminal participation, that the list contained in article 25 of Law 7.492/1986 does not name all the people who can be liable for the crime of fraudulent management.

As we deal with the crime itself, not the perpetrator itself, the crime may be carried out by other people besides those listed in the above mentioned article. In this case, though, it is essential that the person, even if not carrying out the duties of director or manager, participate in fact, in the financial institution's administration in order to be liable as a co-perpetrator. On the other hand, he/she might be liable on account of participation if, despite not having carried

corrido de forma acessória para a fraudulenta administração. Assim, mais relevante do que o mero enquadramento no rol mencionado, é o tipo de envolvimento do agente na efetiva gestão da instituição, evitando-se, com isso, a famigerada responsabilidade objetiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito penal – Coautoria e participação – Gestão fraudulenta – Art. 25 da Lei 7.492/1986.

out any kind of action directly, voluntarily agreed in an accessory manner to the fraudulent administration. Therefore, the type of involvement of the person in the effective management of the institution is more relevant than the mere fitting in the mentioned list, avoiding then the famous objective responsibility. According to the Brazilian legal system, it is not permitted to sue someone under criminal accusation as per this person's administrative powers.

**KEYWORDS:** Penal law – Co-perpetrator and participation – Fraudulent administration – Article 25 of Law 7.492/1986.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Tipos de concurso de pessoas: breves considerações: 2.1 Coautoria; 2.2 Participação: 2.2.1 Instigação; 2.2.2 Cumplicidade; 2.3 Princípio da comunicabilidade: art. 30 do CP – 3. Delito especial e delito de mão própria: 3.1 Delito especial; 3.2 Delito de mão própria – 4. O delito do art. 4.º da Lei 7.492/1986; 4.1 Gestão de instituição financeira; 4.2 As pessoas elencadas no art. 25 da Lei 7.492/1986 – 5. O agente não mencionado no art. 25 da Lei 7.492/1986 e a gestão fraudulenta – 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A atual e forte tendência de proteção dos bens supraindividuais, antecipando-se a tutela penal diante de um perigo, torna-se cada vez mais frequente, especialmente, nas hipóteses de risco ao Sistema Financeiro Nacional.

Por conta disso, embora a previsão do delito de gestão fraudulenta na legislação brasileira não seja recente, é certo que o crescimento da economia nacional tem propiciado alterações nas formas de incidência do direito penal econômico, implicando em questionamentos no que tange a essa infração penal.

Uma dessas discussões – que será objeto do presente trabalho – trata da possibilidade de pessoa não elencada no rol do art. 25 da Lei 7.492/1986 praticar o delito previsto no art. 4.º do mesmo diploma legal em coautoria ou participação com agente cuja qualificação está inserida no rol mencionado.

A matéria é relevante em virtude das relações cada vez mais complexas e fragmentadas no âmbito da gestão da instituição financeira, envolvendo agentes que dela não fazem parte ou que, mesmo fazendo, não têm poderes para geri-la, o que dificulta a definição de responsabilidades.

O tema ainda não foi enfrentado com profundidade pela doutrina e a jurisprudência também não apresenta uma posição formada sobre o assunto, havendo diversas controvérsias que serão devidamente analisadas.

O primeiro capítulo do trabalho se iniciará com breves considerações a respeito do concurso de pessoas e suas modalidades, finalizando-se com observações quanto à comunicabilidade das circunstâncias elementares. As teorias que delimitam autoria e participação não serão objeto do estudo diante da profundidade da matéria, que não se compatibiliza com os propósitos do presente trabalho. Também estão fora da abrangência desse estudo questões referentes aos crimes societários, uma vez que o debate é centrado exclusivamente na responsabilização da pessoa que não está incluída no rol do art. 25 da Lei 7.492/1986.

Posteriormente, serão analisados os delitos especiais, categoria na qual está incluída a gestão fraudulenta, diferenciando-se os crimes próprios dos de mão própria.

Em seguida será examinado o crime objeto do trabalho, definindo-se o conceito de gestão financeira com a posterior análise das pessoas equiparadas ao controlador e ao administrador da instituição (art. 25 da Lei 7.492/1986).

Ao final, serão analisadas as implicações práticas dos conceitos de coautoria e participação, juntamente com os de crime próprio e de mão própria, no crime de gestão fraudulenta, especialmente em relação à pessoa que não possui as qualidades daquelas elencadas no art. 25 da Lei 7.492/1986, concluindo-se pela possibilidade de sua responsabilização a título de coautoria, somente em hipóteses bem definidas, e participação.

## 2. TIPOS DE CONCURSO DE PESSOAS: BREVES CONSIDERAÇÕES

A atribuição de responsabilidade penal no concurso de pessoas apresenta diversas dificuldades diante da inexistência de conceito legal quanto às formas de envolvimento do agente no delito.

Com a adoção da teoria da equivalência dos antecedentes pelo Código Penal de 1940, estabeleceu-se que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas".[1] Assim, eram considerados autores de um crime todos aqueles que, de certa forma, contribuíssem para sua prática, inocorrendo qualquer distinção entre autores e cúmplices, conforme, constou da própria Exposição de Motivos daquele diploma legal.

Posteriormente, com a reforma do Código Penal em 1984,[2] surgiram diferenciações quanto à punibilidade de cada um dos concorrentes a depender da

1. Art. 25, inserido no Título IV denominado "Da coautoria".
2. Lei 7.209/1984.

respectiva culpabilidade. O novo art. 29, inserido no Título IV que passou a ser denominado "Do concurso de pessoas", trouxe a previsão de que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".

Diante dessa mudança, a resposta penal passou a ocorrer de forma compatível "com o princípio da culpabilidade como critério limitativo da pena, que orienta toda a reforma realizada, postulado básico do chamado Direito Penal Liberal".[3]

A inclusão do termo "na medida de sua culpabilidade" trouxe reflexos da teoria da acessoriedade limitada, segundo a qual para que haja a punibilidade da participação não é necessário que o fato seja culpável, bastando que seja típico e antijurídico.[4]

Segundo Cezar Roberto Bittencourt, a reforma de 1984 manteve a adoção da teoria monista ao estabelecer que todos os agentes de uma infração penal incidem no mesmo tipo penal. No entanto, diante da punição diferenciada para cada tipo de participação, entende-se que foi também adotada a concepção dualista mitigada, permitindo que a pena seja fixada conforme o grau de culpabilidade.[5]

Como bem destacou Miguel Reale Júnior, "o concurso de pessoas tipifica-se graças ao dado psicológico que une os participantes com vistas à prática da ação delituosa comum".[6] Assim, prossegue o jurista, haverá concurso de pessoas quando presente uma "convergência de vontades na realização do ilícito penal".[7]

Para Eugenio Raúl Zaffaroni et alli, a norma do art. 29 do CP deve ser entendida no sentido de que a todos os concorrentes, a princípio, deve ser aplicada a mesma pena do autor, o que não significa que todos eles sejam autores.[8]

Prevalece na doutrina brasileira o entendimento de que o nexo de causalidade entre a conduta de cada um dos concorrentes com o resultado criminoso é a base da teoria do concurso de agentes.

---

3. PIERANGELLI, José Henrique. O concurso de pessoas no novo Código Penal. *Revista Jurídica do Ministério Público*, vol. 26, n. 18, p. 112.
4. "Aunque la accesoriedad limitada no requiere de um hecho principal culpable, presupone, sin embargo, um hecho principal antijurídico doloso". WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñes Pérez. Santiago: Jurídica do Chile, 1997. p. 135 – trad. nossa.
5. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 1, p. 370.
6. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. 1, p. 215.
7. Idem.
8. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de direito penal brasileiro: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2007. p. 665.

Essa contribuição causal, no entanto, não foi devidamente definida pelo legislador, sendo de complexa identificação, especialmente porque não se pode simplesmente presumir que a ação de *concorrer*, prevista no art. 29 do CP, seja a mesma de *contribuir causalmente* para o resultado.

Reagindo contra a contribuição causal como elemento central do concurso de agentes, Nilo Batista entende que não se deve adotá-la como critério principal de referência em razão de sua precariedade.[9]

Isso porque, de acordo com o mesmo autor, "o concurso concebido como integração causal corresponde a um conceito de ação reduzido à mera causação de um resultado", desprezando "a existência de requisitos típicos, no plano da conduta a ser considerada".[10]

Como bem ensina Miguel Reale Júnior, o crime se dá por meio de "ações não típicas em si mesmo, mas que ganham relevo típico na unidade que integram".[11]

Aspecto fundamental do concurso de pessoas é a homogeneidade do elemento subjetivo, ou seja, a consciência de cooperar para a conduta de outrem a fim de que seja praticado o fato típico.[12] É necessário, ainda, o conhecimento recíproco da colaboração do(s) outro(s) agente(s) no mesmo fato e de estar (em) concorrendo para a prática de um mesmo delito.[13]

A união das condutas individuais voltadas para o cometimento do mesmo tipo incriminador pressupõe para a configuração do concurso de pessoas que "o concorrente seja imputável, tenha consciência da ilicitude do fato", além de que no caso concreto pudesse e devesse agir de forma diversa.[14]

As formas de concurso de pessoas podem ser divididas em coautoria e participação.[15]

---

9. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 38.
10. Idem, p. 41.
11. Op. cit., p. 320.
12. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 136.
13. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 353-354.
14. Idem, p. 325.
15. Para Nélson Hungria não há relevância nessa diferenciação: "o partícipe é sempre um *coautor* e responde integralmente pelo resultado, desde que, conscientemente e voluntariamente, contribuiu para ele (participação em crime doloso) ou, pelo menos,

### *2.1 Coautoria*

Na coautoria os agentes praticam em conjunto e de forma consciente a conduta descrita no tipo penal. Bem por isso Welzel sustenta que a coautoria é autoria, com a particularidade de que todos os coautores têm o domínio do fato,[16] no que é acompanhado por Jescheck[17] e por René Ariel Dotti.[18]

Heleno Fragoso define o coautor como sendo aquele que "executa, juntamente com outros, a ação ou omissão que configura o delito" e ressalta que a tipicidade da conduta não é decisiva para caracterizar o autor, pois o que importa é "ter o agente o controle subjetivo do fato e atuar no exercício desse controle".[19]

É comum que na execução de um delito concorram diversos agentes, todos eles com pleno domínio do fato, situação em que se verifica uma divisão de trabalhos na empreitada criminosa, na medida em que nenhum dos agentes realiza a conduta tipificada na sua totalidade. Por conta disso, entende-se que a coautoria é baseada no princípio da divisão do trabalho.[20]

Para que seja coautor é fundamental que o agente tenha o domínio do fato, pois sem ele somente poderá ser responsabilizado a título de participação. Ademais, a contribuição de cada agente deve ser relevante para o resultado final. Isso significa que somente será coautor aquele que praticar uma conduta sem a qual não se atingiria o fato típico. A posição do coautor deve ser suficiente para interferir na prática delitiva, podendo, inclusive, interrompê-la.

Nilo Batista, reportando-se a lição de Stratenwerth, afirma que existem duas exigências para a configuração da coautoria: (a) comum resolução para o fato e (b) comum realização dessa resolução mediante divisão de trabalho.[21]

---

contribuiu para ação comum de que era previsível derivasse tal resultado (participação em crime culposo). HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal: arts. 25 a 27*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 399.

16. "La coautoría es autoría; su particularidad consiste em que el dominio del hecho unitario es común a varias personas". WELZEL, Hans, op. cit., p. 129, trad. nossa.
17. Apud Nilo Batista, op. cit, p. 101.
18. Op. cit., p. 359.
19. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. São Paulo: José Bushatsky Ed., 1976. p. 271-272.
20. PIERANGELLI, José Henrique, op. cit., p. 646.
21. Op. cit., p. 102.

A primeira delas pode ser definida como uma coordenação de vontades, expressa ou tácita, voltada para a realização da conduta tipificada e conhecida por todos os coautores.

Já a resolução comum consiste na "consciência e vontade de coautuar, de integrar-se cooperativamente a uma empresa comum".[22]

### *2.2 Participação*

Muito embora o Código Penal considere autor e partícipe como coautores, é necessário distingui-los quanto à forma com que concorrem para o delito.

Ao contrário da coautoria, na participação os sujeitos não praticam a figura típica, mas "concorrem de qualquer modo para a realização do delito".[23] O partícipe intervém de forma consciente e voluntária buscando cooperar na ação principal de outrem, porém sem deter o domínio do fato. Embora não pratique pessoalmente a figura descrita na norma incriminadora, sua atuação interfere de forma secundária na conduta principal.

O dolo do partícipe pode ser eventual e consiste na intenção de colaborar com o ilícito da ação principal, que deve ser sempre doloso.[24] Por essa razão, não se admite a participação culposa em crime doloso nem tampouco a dolosa em crime culposo,[25] vez que "é radical o dissídio de vontades".[26]

Ademais, entende-se que a participação é sempre acessória, vez que se subordina à conduta típica praticada pelo autor, de modo que jamais pode ser autônoma.[27] Por essa razão, Nilo Batista fala em "dependência de punibilidade" da ação do partícipe em relação ao autor principal.[28]

Finalmente, há entendimento no sentido de que o sujeito que ignora o caráter habitual das condutas e intervém em apenas um ato, não será partícipe por faltar-lhe o dolo.[29] Como já se disse, a configuração do concurso de pessoas, em qualquer de suas modalidades, exige a homogeneidade do

22. Idem, p. 3.
23. PIERANGELLI, José Henrique, op. cit., p. 129.
24. BATISTA, Nilo, op. cit., p. 158.
25. Esta última hipótese configura situação de autoria mediata.
26. HUNGRIA, Nélson, op. cit., p. 409.
27. FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit., p. 270.
28. BATISTA, Nilo, op. cit., p. 162.
29. Idem, p. 161.

elemento subjetivo, de modo que se o agente não tem intenção de cooperar para a conduta, seja ela habitual ou não, jamais poderá ser responsabilizado como coautor ou partícipe.

A participação se apresenta sob as formas de instigação e cumplicidade.

### 2.2.1 Instigação

A instigação pode ser definida como a dolosa colaboração intelectual, espiritual, voltada para a prática de um delito, podendo ocorrer sob a forma de persuasão, conselho, mandato, ameaça, incentivo ou qualquer outra forma que influencie na vontade do sujeito.

O instigador desperta no agente a ideia – preexistente ou não – de cometer um delito, que deve ser determinado. Ou seja, não se admite participação por meio de instigação genérica.[30]

Além de se apresentar como um reforço a uma idéia preexistente no autor principal – instigação propriamente dita –, também é possível que a instigação se dê sob a forma de determinação. Nesse caso, o partícipe incute no agente a ideia que o leva a executar o delito.

É fundamental que o partícipe instigador atue com a intenção de efetivamente influenciar o agente a praticar o delito e que essa atuação seja eficaz quanto ao nexo de causalidade. Por esse motivo, o meio utilizado pelo instigador deve ser suficientemente eficaz para incutir na mente do sujeito a ideia da prática do delito ou reforçá-la, quando preexistente, a ponto de incentivá-lo no seu cometimento.

### 2.2.2 Cumplicidade

A participação também pode ocorrer sob a forma de cumplicidade consistente no doloso auxílio material para o cometimento do delito.

Heleno Fragoso esclarece que a colaboração pode se apresentar de forma subjetiva como, por exemplo, por instruções ou explicações.[31]

No entanto, como bem explicado por Nilo Batista, não há como se admitir a colaboração através de contribuição psíquica, a qual, diante da conotação ma-

30. FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit., p. 276.

31. Idem, ibidem.

terial do termo *auxílio* no Código Penal, somente pode ser considerada como instigação.[32]

Assevera o autor ser possível que a cumplicidade de se dê em virtude de conduta omissiva, o que ocorre nas hipóteses em que o partícipe tiver o dever genérico de agir. Ademais, assim como ocorre na instigação, a contribuição – por conduta comissiva ou omissiva - deve ser causal quanto ao resultado.[33]

### *2.3 Princípio da comunicabilidade: art. 30 do CP*

O art. 30 do Código Penal trata da incomunicabilidade das condições pessoais, estabelecendo que "não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime".

A inexistência de clareza do dispositivo em questão suscita diversos questionamentos,[34] a começar pela omissão quanto às circunstâncias objetivas, também chamadas de reais. São aquelas referentes à execução ou à materialidade do delito,[35] tais como, forma de execução, local, tempo, natureza etc.

Já as circunstâncias pessoais são aquelas que dizem respeito apenas às peculiaridades da qualidade da pessoa que pratica o delito como, por exemplo, reincidência, menoridade, ser funcionário público, ser advogado.

A obscuridade do dispositivo, dada sua omissão quanto às circunstâncias objetivas, implica na interpretação, *a contrario sensu*, de que todas elas se comunicam aos que, de qualquer forma, participam do delito.[36]

---

32. O autor menciona os arts. 31 e 122 do CP como exemplos em que o termo "auxílio" é empregado em oposição à instigação. Em relação à conotação material, aponta os arts. 348 e 349 do mesmo dispositivo. BATISTA, Nilo, op. cit., p. 157.

33. Nilo Batista, reportando-se às lições de Wessels, entende que a punibilidade do cúmplice independe de relação causal entre o auxílio e o resultado, pois o que importa é verificar se a sua colaboração corresponde a "um objetivo favorecimento ao desempenho do autor direto". BATISTA, Nilo, op. cit., p. 186.

34. Esther de Figueiredo Ferraz atribui a deficiência a uma "preocupação revelada pelo legislador de simplificar demasiadamente a formulação de regras pertinentes à matéria da comunicabilidade das circunstâncias, demonstrando um exagerado empenho em ser breve, conciso, lacônico mesmo". FIGUEIREDO FERRAZ, Esther de. *A co-delinqüência no direito penal brasileiro*. São Paulo: Jose Bushatsky Ed., 1976. p. 120.

35. Luiz Regis Prado define como "atuantes sobre a magnitude do injusto". *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 1, p. 496.

36. Idem, ibidem.

Como bem explicou Costa e Silva, ao repudiar o antigo art. 26 do Código Penal de 1940 com redação muito semelhante ao atual art. 30 do Código Penal, a falha do legislador – que propiciou a presunção da comunicabilidade das circunstâncias objetivas –, acabou por acarretar na famigerada responsabilidade objetiva.[37]

A respeito do tema, Nélson Hungria, muito antes das discussões sobre o direito penal do risco, discordou da interpretação, asseverando que "quem se mete numa empresa criminosa, aceita-lhe, de antemão, os riscos",[38] o que não deixa de ser uma posição voltada para a responsabilidade independentemente de culpa.

Ainda sobre o assunto, pondera Esther de Figueiredo Ferraz que "todas as vezes que o legislador deseja responsabilizar o agente independentemente de culpa, fá-lo de forma direta, não oblíqua ou implícita".[39]

Por outro lado, é possível interpretar que o art. 30 do CP não diz respeito à responsabilidade, já que esta se submete ao princípio da culpabilidade previsto na parte final do art. 29, como já tratado.

Em relação às condições pessoais, a norma é clara. São incomunicáveis, salvo quando elementares, ou seja, quando se tratar de características pessoais, peculiares e que interfiram no delito.[40] São os chamados delitos especiais, que podem ser definidos como sendo aqueles cuja configuração somente ocorrerá se presente determinada qualidade do agente. Em outros termos, são os delitos cujos autores foram delimitados pelo legislador.

De acordo com Heleno Cláudio Fragoso, que é acompanhado por grande parte da doutrina,[41] as circunstâncias de caráter pessoal que constituem elementos do tipo, "comunicam-se aos coautores".[42] Com base nesse entendimento, fica autorizada a responsabilização do não qualificado (*extraneus*) pelo cometimento de um delito especial como se qualificado fosse (*intraneus*).

Embora prevaleça na jurisprudência e na doutrina, o assunto é alvo de acertadas críticas no sentido de que essa interpretação do art. 30 do CP atenta

37. Apud FIGUEIREDO FERRAZ, Esther de, op. cit., p. 126.

38. Idem, 436.

39. Idem, p. 126.

40. Como afirma Nélson Hungria, "a incomunicabilidade das circunstâncias pessoais cessa quando estas entram na própria noção do crime". Op. cit., p. 429.

41. Idem, ibidem.

42. Op. cit., 280.

contra o princípio da legalidade por desrespeitar a restrição imposta pelo legislador em determinados tipos penais.[43]

## 3. DELITO ESPECIAL E DELITO DE MÃO PRÓPRIA

### *3.1 Delito especial*

Como já se disse, o delito especial, também chamado de delito próprio,[44] é definido como sendo aquele cujo "tipo legal circunscreve possíveis autores, em razão de certa qualidade pessoal".[45] Diferem-se, portanto, dos chamados delitos comuns, ou seja, daqueles que podem ser praticados por qualquer sujeito.

Heleno Cláudio Fragoso bem define os crimes próprios como sendo "todos aqueles em que se apresentam como elementos constitutivos qualidades, estados, condições e situações do sujeito ativo, de forma explícita ou implícita".[46]

Já Claus Roxin entende que não é a limitação de sujeitos que detenham certa qualidade que fundamenta o delito especial. Para esse autor, o critério para definir a autoria consiste numa infração de dever. Aliás, por essa razão, Roxin fala em delitos de infração de dever ao invés de delitos especiais.[47]

A título de exemplo, são delitos próprios ou especiais o peculato e a corrupção ativa, já que somente podem ser cometidos por funcionário público. Da mesma forma, o crime de gestão fraudulenta, assim como a maioria dos delitos previstos na Lei 7.492/1986, também é delito especial, vez que seu sujeito ativo é restrito às pessoas que detenham as qualidades elencadas no art. 25 da Lei 7.492/1986.

Considerando-se a comunicabilidade das circunstâncias pessoais elementares do tipo, conforme acima tratado, admite-se que na hipótese de o agente não qualificado (*extraneus*) concorrer para a prática de um delito especial com

43. ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. Dissertação de mestrado, São Paulo, USP, 2010. p. 175.

44. Para Luiz Regis Prado, o delito próprio se trata de uma espécie do delito especial, caracterizando-se pelo fato de o tipo exigir "como autor tão somente determinadas pessoas, especialmente caracterizadas". Já o delito impróprio, também uma espécie do especial, seria aquele passível de ser cometido por qualquer pessoa, porém nos casos em que a autoria for qualificada, como nos §§ 1.º e 2.º do art. 311 do CP, a pena do agente é agravada. PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 245.

45. Idem, ibidem.

46. Op. cit., p. 293.

47. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. vol. 1, p. 338.

outro sujeito que detenha a qualidade exigida pelo tipo (*intraneus*), será responsabilizado como se qualificado fosse.[48]

As Cortes Brasileiras não mantêm uma posição unânime a respeito do tema. Em determinados momentos, valendo-se da previsão do art. 30 do CP, têm decidido no sentido de se admitir a participação e a coautoria nos delitos especiais ainda que o agente não detenha as qualidades exigidas pelo tipo.[49]

Essa interpretação, no entanto, pode contrariar "o sentido normativo dos delitos especiais, que se baseia na maior acessibilidade do *intraneus* ao bem jurídico tutelado, convertendo-se em garantidor desse mesmo bem".[50]

A aplicação do art. 30 do CP deve ser feita em consonância com as peculiaridades e exigências específicas dos delitos especiais. Com base nesse entendimento, Nilo Batista defende que "o *extraneus* não pode ser autor de um crime especial".[51]

Como destacou o Min. Gilmar Mendes na ocasião do julgamento de ex-Ministro da Fazenda acusado de violar sigilo bancário,[52] por se tratar de delito especial e diante do fato de o acusado não deter as qualidades exigidas pelo tipo, somente pode ser responsabilizado a título de participação, jamais de coautoria.[53]

Assevera André Luís Callegari que somente é possível a participação nos delitos especiais se o partícipe for o *extraneus* e o autor o *intraneus*, não se admitindo inverso.[54] Tal explicação reforça a ideia de que a autoria de um delito

48. Esther de Figueiredo Ferraz explica que "só pode figurar como sujeito ativo de um delito próprio quem satisfaça determinados requisitos (...) especificados em lei. Só esse é 'qualificado' para a prática do ato típico, característico da infração. Entretanto, em razão da natureza extensiva ou ampliativa que possuem, conseguem tais normas emprestar relevo jurídico-penal às atividades desenvolvidas por terceiros não qualificados, fazendo com que estes se enquadrem na categoria de coautores". FIGUEIREDO FERRAZ, Esther de, op. cit., p. 136-137.

49. STF, HC 90.337/SP, 1.ª T., v.u., Min. rel. Carlos Ayres Britto, *DJ* 06.09.2007; STJ, REsp 575.684/SP, 6.ª T., m.v., Min. rel. para acórdão Paulo Medina, *DJ* 23.04.2007; STJ, RHC 9.505/MT, 5.ª T., v.u., Min. rel. Félix Fischer, *DJ* 29.05.2000.

50. ORTIZ, Mariana Tranchesi, op. cit., p. 175.

51. Op. cit., p. 170.

52. Art. 10 da LC 105/2001.

53. STF, Petição 3.898/DF, Pleno, m.v., Min. rel. Gilmar Mendes, *DJ* 17.12.2009.

54. CALLEGARI, André Luís. Autoria e participação nos delitos especiais: a comunicabilidade das circunstâncias elementares do art. 30 do Código Penal. *Revista Ibero-Americana de Ciência Penais*, ano 1, n. 1, p. 38.

especial é restrita a uma categoria de pessoas com qualidades específicas e com alguma relação com o bem jurídico tutelado. Por conta disso, só é autor de delito especial quem detiver as qualidades previstas no tipo, de modo que o *extraneus* pode apenas ser responsabilizado como partícipe.

O tema foi amplamente abordado em recente dissertação de mestrado elaborada por Mariana Tranchesi Ortiz, que defendeu o impedimento de os *extranei* responderem pelo cometimento de um delito especial "a título de autores, qualquer que seja a modalidade de domínio que exerçam: direto, indireto ou compartilhado, pois o legislador assim estabelece".[55]

Não se pode, todavia, ignorar o entendimento em sentido oposto de Heleno Cláudio Fragoso ao admitir "a participação e a coautoria de um *extraneus* nos crimes próprios".[56]

Os delitos especiais podem ser classificados em delito especial próprio em sentido estrito e impróprio.

Mir Puig explica que um delito especial será próprio em sentido estrito quando a conduta prevista no seu tipo legal somente seja passível de ser executada por determinados sujeitos. É o caso, por exemplo, dos crimes de abuso de autoridade.[57] O delito especial impróprio também só pode ser praticado por agentes previamente definidos. No entanto, difere-se do delito especial próprio em sentido estrito em virtude de a conduta prevista no tipo corresponder a uma mesma de delito comum que, portanto, pode ser praticado por qualquer sujeito que não detenha as qualidades específicas.[58] A título de exemplo, podemos apontar o peculato e o furto.

Se considerarmos que a qualificação descrita no tipo que é imprescindível para a condição de autor, o *extraneus* somente pode ser responsabilizado por um delito especial em sentido estrito a título de participação.

Já nos delitos especiais impróprios, "quando o *extraneus* realiza pessoalmente a infração penal induzido pelo *intraneus*, será autor do delito que corresponda a sua conduta na parte especial, mas não do delito especial".[59] Caso a conduta seja de instigação ou cumplicidade, responderá pelo delito especial a título de participação.

---

55. Op. cit., p. 96-97.
56. Op. cit, p. 293.
57. Lei 4.898/1965.
58. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Barcelona: PPU, 1996. p. 206.
59. CALLEGARI, André Luís, op. cit., p. 46.

### *3.2 Delito de mão própria*

Assim como o delito especial, o delito de mão própria também pode ser cometido apenas por um determinado grupo de pessoas.

Diferencia-se, contudo, no fato de que seu autor deve necessariamente praticar o delito de forma direta. Isso significa que o cometimento do delito de mão própria depende da presença corpórea do agente, sem intermediação de outrem. É o que Wessels chama de "propriedade da execução do fato", de modo que "quem não realize por si mesmo a ação típica não pode ser autor, mas somente partícipe".[60]

É o caso, por exemplo, do crime de autoacusação falsa (art. 341 do CP). René Ariel Dotti destaca como exemplo a deserção,[61] pois "o desertor somente poderá fugir pelas próprias pernas".[62]

De se destacar que enquanto a autoria do delito especial é restrita a um grupo de agentes por força de opção legislativa, a limitação da autoria no delito de mão própria deve-se à própria conduta prevista no tipo.

Por ser imprescindível que o agente qualificado pratique a conduta pessoalmente e de forma direta, o delito de mão própria não admite a coautoria nem tampouco a autoria mediata.[63] Diversamente do que ocorre nos delitos especiais, o entendimento da doutrina é pacífico quanto a esse aspecto.[64]

O delito de mão própria, todavia, admite a participação tanto pela forma de instigação como cumplicidade.

## 4. O DELITO DO ART. 4.º DA LEI 7.492/1986

O delito de gestão fraudulenta de instituição financeira foi inicialmente previsto no artigo 3.º, IX, da Lei de Economia Popular (Lei 1.521/1951).[65] Muito

60. WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral. Aspectos fundamentais*. Porto Alegre: Safe, 1976. p. 188.

61. Art.187 e ss. do CPM (Dec.-lei 1.001/1969).

62. DOTTI, René Ariel, op. cit., p. 371.

63. "Dá-se autoria mediata quando, na realização de um delito, o autor se vale de um terceiro que atua como instrumento (Werkzeug). O fundamento da autoria mediata reside, como não poderia deixar de ser, no domínio do fato sob a forma especial de domínio de vontade (Willensherrschaft)". BATISTA, Nilo, op. cit., p.129.

64. FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit., p. 273; BATISTA, Nilo, op. cit., p. 97.

65. "Gerir fraudulentamente ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização, sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e vendas de imóveis a prestações,

embora não definisse em que consistia a mencionada gestão, estabelecia as seguintes condições objetivas de punibilidade: "a falência ou insolvência da instituição" gerida ou o não cumprimento de "qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados".

Tal dispositivo também previa um rol, *numerus clausus*, das instituições que estavam sujeitas a serem geridas de forma fraudulenta.

Ocorre que com o advento da Lei 6.024/1974, surgiu a possibilidade de o Banco Central optar pela intervenção ou liquidação extrajudicial das instituições financeiras, o que impossibilitava a configuração de situação falimentar. Ademais, como as situações de insolvência ou descumprimento das cláusulas somente se davam quando a instituição já se encontrava sob intervenção ou liquidação, não havia como responsabilizar os antigos administradores da instituição por fatos posteriores ao período de gestão.

Diante disso, bem como da evolução do sistema financeiro nacional, com o surgimento de novas modalidades de instituições que não estavam previstas no restritivo rol, optou o legislador por novo dispositivo legal estabelecendo o crime de gestão fraudulenta suprimindo, contudo, as condições objetivas de punibilidade. Além disso, deixou de limitar as instituições apenas àquelas previstas na norma.

O crime de gestão fraudulenta passou, então, a ser previsto no art. 4.º da Lei 7.492/1986 da seguinte forma: "Gerir fraudulentamente instituição financeira.[66] Pena – Reclusão de 3 (três) a 12 (doze) anos e multa".[67]

---

com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados."

66. O art. 1.º da mesma lei trouxe o conceito de instituição financeira: "Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros [vetado] de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.
Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:
I – a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;
II – a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual."

67. No parágrafo único do mesmo artigo foi previsto o crime de gestão temerária que não é objeto de análise do presente trabalho.

Como bem sustentado por Manoel Pedro Pimentel, com a supressão das condições objetivas de punibilidade "ampliou-se o campo deixado à interpretação, o que traz certa insegurança, tendo em vista a necessidade de manter-se o respeito ao princípio da reserva legal".[68]

Por não definir adequadamente a conduta tipificada, a redação do art. 4.º da Lei 7.492/1986 é alvo de diversas e severas críticas nesse sentido.

Para Luiz Regis Prado, "agindo dessa forma, o legislador de 1986 desrespeitou o princípio da legalidade, no aspecto da taxatividade ou determinação".[69]

Ali Mazloum sustenta que "a redação do art. 4.º da Lei de Regência é um tanto reduzida e aberta, o que poderia dar ensejo à utilização desmesurada de subjetivismo por parte do intérprete".[70]

A despeito da manifesta ausência de definição da conduta em debate, o que pode ser entendido como violação ao princípio da reserva legal,[71] há quem reconheça observância ao princípio da reserva legal como Rodolfo Tigre Maia, para quem a "objetividade jurídica do dispositivo (...) é compatível com o cânone constitucional", além de ser "passível de delimitação conceitual concreta".[72]

Por ser o tipo ora em análise demasiadamente aberto, sem definir em que consiste a mencionada gestão, seu conceito e suas características devem ser buscados nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

### *4.1 Gestão de instituição financeira*

Gerir significa ter gerência sobre; administrar, dirigir, gerenciar.[73] Tais significados, todavia, não resolvem a principal dificuldade prática decorrente desse conceito: qual é o tempo necessário para se configurar uma gestão? Em outras palavras, como definir na prática se determinados atos praticados pelos administradores de instituição financeira podem ou não ser considerados como de gestão?

---

68. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.06.86*. São Paulo: Ed. RT, 1987. p. 49.

69. PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 230.

70. MAZLOUM, Ali. *Crimes do colarinho branco: objeto jurídico, provas ilícitas*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 65.

71. Art. 5.º, XXXIX, da CF/1988 e art. 1.º do CP.

72. MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 60.

73. Definição constante do dicionário Aurélio.

Como bem explicado por José Carlos Tórtima, o delito de gestão fraudulenta é condicionado à reiteração de atos fraudulentos. Isso porque, ainda segundo o autor, o dispositivo não menciona ato de gestão, mas sim o verbo *gerir*, "indicando pluralidade de atos, pautando a conduta do agente em um determinado período de tempo".[74]

No entanto, é certo que embora um único ato do delito habitual não possa configurar a prática criminosa, é possível que constitua delito diverso.[75] Dessa forma, ainda que um ato isolado possa caracterizar certo delito, tal fato não pode implicar no entendimento de que a gestão fraudulenta está configurada.

Tratando do assunto, Ali Mazloum também defende que a configuração da gestão pressupõe "um conjunto de atos que dão concretude à atividade própria de gestão, e não mediante o pinçamento de uma única parte do todo".[76]

Vale, ainda, registrar que diversamente do art. 4.º da Lei 7.492/1986, os arts. 7.º[77] e 9.º[78] da mesma Lei tipificam uma única conduta, independentemente de habitualidade. Dessa forma, se fosse essa a intenção do legislador no tocante ao delito do art. 4.º, não teria inserido o verbo *gerir*.

Assim, pode-se afirmar que a gestão fraudulenta é um delito que exige habitualidade, ou seja, uma série de atos num determinado período. Por conta disso, não há que se falar em crime a partir de uma única conduta, sendo necessária sua reiteração. Daí porque Juliano Breda afirma, a respeito do delito ora tratado, que "a tipicidade se verifica na repetição de uma conduta isoladamente atípica".[79]

---

74. TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: uma contribuição ao estudo da Lei 7.492/86*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 31-32.

75. MESTIERI, João. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. vol. 1, p. 245.

76. MAZLOUM, Ali, op. cit., p. 67.

77. "Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários: I – falsos ou falsificados; II – sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados; III – sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação; IV – sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida: Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa."

78. "Fraudar a fiscalização ou o investidor, inserindo ou fazendo inserir, em documento comprobatório de investimento em títulos ou valores mobiliários, declaração falsa ou diversa da que dele deveria constar: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa."

79. BREDA, Juliano. *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 101.

Em contrapartida, Rodolfo Tigre Maia defende que a gestão fraudulenta é um delito habitual impróprio, "em que uma única ação tem relevância para configurar o tipo, inobstante sua reiteração não configura pluralidade de crimes".[80]

Muito embora o próprio tipo já mencione, é fundamental destacar a obrigatoriedade do elemento *fraude* na configuração do delito, que pode ser definido como o expediente ardiloso para falsear a realidade fática. É, portanto, a administração mediante "manobra ardilosa, engenhosa ou maliciosa com a finalidade de obtenção de indevida vantagem, para si ou para terceiros".[81]

José Carlos Tórtima define a gestão fraudulenta como a "administração marcada pela fraude, pelo ardil, por manobras desleais".[82]

A gestão deve, ainda, conter atos que "ostentam certa carga decisória, de mando, sobre os negócios da empresa".[83] Por esse motivo, optou o legislador por definir as pessoas que podem ser responsabilizadas pelo delito, conforme será tratado no próximo item.

Finalmente, o bem jurídico tutelado pelo crime em análise é, em primeiro lugar, a credibilidade no mercado financeiro, permitindo a manutenção da higidez do Sistema Financeiro Nacional. A proteção de acionistas da instituição também não deixa de ser outro objeto jurídico da norma. Nas palavras de Rodolfo Tigre Maia, o objetivo do art. 4.º da Lei 7.492/1986 é evitar "verdadeiro desastre para a credibilidade do sistema, e inevitável prejuízo para os aplicadores".[84]

### *4.2 As pessoas elencadas no art. 25 da Lei 7.492/1986*

O art. 25 da Lei 7.492/1986 limita quem pode figurar como sujeito ativo, estabelecendo que "são penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes". O parágrafo primeiro traz a figura do interventor, liquidante e síndico como equiparados aos administradores da instituição.

---

80. MAIA, Rodolfo Tigre, op. cit., p. 58.

81. COSTA JÚNIOR, Paulo José da et alii. *Crimes do colarinho branco*. São Paulo, Saraiva. 2000. p. 77.

82. TÓRTIMA, José Carlos, op. cit., p. 33.

83. GOMES, Luiz Flávio. Notas distintivas do crime de gestão fraudulenta: art. 4.º da Lei 7.492/86 (a questão das "contas fantasmas") In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 356.

84. MAIA, Rodolfo Tigre, op. cit., p. 55.

O parágrafo segundo prevê redução da pena do coautor ou partícipe "que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa".

A primeira vista, infere-se da referida norma que, diante das funções exercidas pelas pessoas definidas, pretendeu o legislador restringir a responsabilidade pelo cometimento dos crimes constantes da Lei 7.492/1986 àqueles que exercem cargos com poder de decisão e estão à frente da instituição financeira, até porque, como já dito, os atos que integram uma gestão fraudulenta devem necessariamente ser revestidos de força decisória.

Vale registrar que a previsão do art. 25 não se aplica a todos os crimes previstos na Lei 7.492/1986, mas apenas aos que envolvem a efetiva administração da instituição financeira, como se nota das seguintes considerações de Luiz Flávio Gomes:

"É preciso bem compreender o alcance do mencionado art. 25. Dele não se pode inferir que *todos* os crimes previstos na Lei 7.492/1986 *somente* podem ter como sujeito ativo o controlador e os administradores de instituição financeira (o crime de manter depósito no exterior sem declará-lo à repartição federal competente previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986 *ad exemplum*, pode ser cometido por qualquer pessoa). Entretanto, quando se trata de um crime *típico* da própria instituição financeira (*gestão fraudulenta, gestão temerária* etc.), é dizer, quando o tipo penal faz *expressa referência* a uma conduta *diretamente* relacionada com a *administração* ou controle ou comando da *instituição*, nesse caso, cuidando-se de *crime próprio* e de *mão própria*, não resta dúvida que *somente* os integrantes dos órgãos da *administração superior* é que podem figurar como *sujeito ativo*."[85]

Note-se que o autor sustenta ser o crime de gestão fraudulenta próprio e de mão própria. Embora tal entendimento não seja frequente, o STF já decidiu que a "Lei 7.492/1986, mediante preceito expresso, revela crimes passíveis de serem apontados como de mão própria".[86]

Ocorre que a prática da gestão fraudulenta não depende necessariamente da ação direta do agente qualificado, até porque pode ser realizada por intermédio de sujeitos que não integram o rol do art. 25 da Lei 7.492/1986, a mando de quem detenha uma das atribuições descritas nesse dispositivo legal ou, ainda, sob a forma de colaboração, como será adiante tratado.

85. GOMES, Luis Flávio, op. cit., p. 362.

86. STF, HC 93.553/MG, Pleno, m.v., Min. rel. Marco Aurélio, *DJ* 04.09.2009.

Afinal, não são raras as vezes em que no âmbito de uma instituição financeira os administradores se valem de outras pessoas com funções diversas daquelas previstas no art. 25, mas que acabam por colaborar nos atos da gestão.

Rodolfo Tigre Maia destaca o "relativismo do dispositivo", devendo "ser entendido, apenas, como um mero indicativo, sem valor absoluto em matéria de imputação".[87]

Não sendo imprescindível o envolvimento direto e corporalmente presente do sujeito qualificado, a gestão fraudulenta deve ser considerada como crime próprio, mas não de mão própria.

Segundo Manuel Pedro Pimentel, o crime descrito no art. 4.º, da Lei 7.492/1986 "é próprio, pois somente as pessoas que tenham a condição de gerir a instituição financeira poderão ser sujeito ativo".[88]

A respeito dessa discussão, no mesmo julgamento acima mencionado, o Pleno do STF decidiu que "a interpretação sistemática da Lei 7.492/1986 afasta a possibilidade de haver gestão fraudulenta por terceiro estranho à administração do estabelecimento bancário".[89]

Na ocasião do julgamento do HC 36.465/RJ pelo STJ, assentou o Min. Paulo Medina que a gestão fraudulenta "(...) é delito próprio, que exige do agente capacidade especial que lhe confira o domínio do fato punível, por força de seu poder de gestão sobre os bens e valores assim geridos, de sorte que apenas aquelas pessoas elencadas no art. 25 da Lei 7.492/1986 podem ser responsabilizadas penalmente."[90]

O TRF da 3.ª Região também reconheceu que a gestão fraudulenta é crime próprio, de modo que "somente as pessoas indicadas no art. 25 da Lei especial poderão ser sujeito ativo do delito em questão".[91]

Por outro lado, se houver comprovação da existência de prévio acordo entre o agente qualificado e o *extraneus*, será admitida a responsabilização

87. MAIA, Rodolfo Tigre, op. cit., p. 144.

88. PIMENTEL, Manoel Pedro, op. cit., p. 50.

89. Idem.

90. STJ, HC 36.465/RJ, 6.ª T., m.v., Min. rel. p/ acórdão Hélio Quaglia Barbosa, *DJ* 26.06.2006.

91. TRF-3.ª Reg., HC 98.03.059488-5, 2.ª T., v.u., Des. Federal relator Aricê Amaral, *DJ* 04.11.1998 e HC 97.03.061736-0, v.u., Des. Federal relator Ali Mazloum, *DJ* 17.12.1997.

deste último, o que, inclusive, foi recentemente decidido pelo STJ em caso de gestão temerária:[92]

"A gestão temerária, como crime próprio, apenas poderá ser imputada a sujeito que não detém as qualidades exigidas pelo tipo (gerência, administração, direção) se em associação com outrem que as detenha."[93]

Desse modo, apenas pode ser autor da gestão fraudulenta quem, de certa forma, exerce a administração da instituição financeira, não se admitindo a responsabilização pelo delito do agente que não desempenhou ato de gerência,[94] salvo se ambos estiverem previamente associados.

Nada impede, todavia, que o exercício da gestão de uma instituição seja feito por outra pessoa além daquelas descritas no art. 25 da Lei 7.492/1986, o que enseja a discussão no tocante à possibilidade de ela ser responsabilizada pelo crime de gestão fraudulenta a título de coautoria ou participação.

## 5. O AGENTE NÃO MENCIONADO NO ART. 25 DA LEI 7.492/1986 E A GESTÃO FRAUDULENTA

Como visto acima, a gestão fraudulenta constitui crime próprio em sentido estrito, uma vez que sua configuração pressupõe que a conduta seja praticada por agente específico, a saber aqueles que exerçam cargo de controlador ou administrador de instituição financeira, "assim considerados os diretores, gerentes", além do interventor, liquidante e síndico, termos do art. 25, *caput* e § 1.º da Lei 7.492/1986.

Diante dessa previsão, infere-se que o legislador pretendeu restringir o rol de autores do crime do art. 4.º da Lei 7.492/1986 apenas àqueles que detenham poder de administrar a instituição financeira.

Passados quase 25 anos da publicação da lei que estabelece o delito, notam-se diversas alterações no âmbito das instituições financeiras, especialmente no tocante às funções e responsabilidades que tendem a ser cada vez mais fragmentadas.

---

92. Art. 4.º, parágrafo único, da Lei 7.492/1986.

93. STJ, HC 125.853/SP, 5.ª T., v.u., Min. relator Napoleão Nunes Maia, *DJ* 01.03.2010.

94. O STF reconheceu no julgamento do HC 80.876/RJ o "descabimento acusação, se patenteado que o paciente jamais exerceu a gerência ou direção da empresa, de cujo quadro social nem sequer participava quando ocorreram os fatos delituosos". STF, HC 80.876/RJ, 1.ª T., v.u., Min. rel. Ilmar Galvão, *DJ* 16.11.2001.

Por conta disso, a administração das instituições financeiras passou a envolver diversos segmentos, formando uma estrutura extremamente complexa com a participação de vários agentes em diferentes graus. Assim, por mais que a gestão se concentre nas mãos dos controladores e administradores, é certo que passou também a englobar atos praticados por outros sujeitos, detentores de outros cargos.

Nesse contexto surgem os questionamentos em relação aos autores do crime de gestão fraudulenta à luz do art. 25 da Lei 7.492/1986. Afinal, como é possível conciliar a restrição imposta pela norma com as alterações das pessoas envolvidas na gestão de instituição financeira?

O delito do art. 4.º da Lei 7.492/1986 pressupõe uma reiteração de atos fraudulentos e com carga decisória. Assim, a administração somente será fraudulenta se contar com a atuação de pessoas que efetivamente exerçam poder de gestão, já que são elas que têm o poder de decidir e conduzir a instituição.

Nesse sentido, entende-se que o objetivo do legislador foi justamente responsabilizar aquele cuja atuação interfira diretamente nos rumos da instituição, de modo que um ato isolado cometido por qualquer agente não será suficiente para caracterizar o crime.

Por conta disso, o rol do art. 25 da Lei 7.492/1986 deve ser interpretado com cautela, sob pena de se incorrer em responsabilidade objetiva. É que com a fragmentação das funções exercidas na instituição financeira, torna-se comum que pessoas constantes do rol deleguem ou dividam suas atribuições e não participem diretamente das decisões tomadas, exercendo cargos meramente figurativos. Nessas situações não há como responsabilizá-los exclusivamente pela qualidade que detêm.

Entretanto, o cometimento do delito não depende necessariamente de atos emanados das pessoas descritas no art. 25 da mesma lei. Daí a relevância de verificar se o agente, de fato, valendo-se de seus poderes na administração da instituição, agiu de forma que tenha contribuído para a fraudulenta gestão.

O tipo de envolvimento do agente com atos que integram a administração fraudulenta é o ponto fundamental para estabelecer ou não sua responsabilidade pela prática criminosa. Bem por isso, a comunicabilidade das circunstâncias deve se compatibilizar com as situações em que o *extraneus* tenha realmente exercido funções e/ou praticado ato que interfira de forma significativa na gestão da empresa.

Assim, mais importante do que o mero enquadramento do sujeito no art. 25 da Lei 7.492/1986 é a sua efetiva conduta. Se relevante na administração da

instituição, o agente poderá ser responsabilizado pelo delito especial como se qualificado fosse.

Não se pretende, portanto, negar ou ampliar a restrição imposta no dispositivo legal. Trata-se, isto sim, de aplicar a norma à realidade, de modo que apenas se responsabilizará como coautor aquele que detiver o domínio do fato e contribuir casualmente para os atos fraudulentos.

A gestão de uma instituição é formada na maioria das vezes por atos praticados por agentes qualificados e não qualificados, de modo que, se todos participarem de atos fraudulentos, deverão ser igualmente responsabilizados. Aliás, registre-se que a coautoria é baseada no princípio da divisão do trabalho, que se aplica perfeitamente ao cometimento do delito em debate.

Vale ainda destacar que embora o art. 25 da Lei 7.492/1986 considere como administradores os diretores e gerentes, a Lei das Sociedades Anônimas estabeleceu que administrador é o diretor e o conselheiro, membro do Conselho de Administração.

Ora, é inegável que se a própria Lei das Sociedades Anônimas previu que o conselheiro é administrador da instituição, não se pode admitir que seja aplicado tratamento diverso para efeitos penais quando o fator relevante para a responsabilização consiste no poder de fato de administração e não na denominação do cargo por si só.

Dessa forma, a responsabilização como coautor do agente que não preenche as qualidades descritas no art. 25 da Lei 7.492/1986 somente será possível nos casos em que ele (a) exercer de fato a administração da instituição financeira; (b) executar o(s) atos(s) fraudulento(s) da gestão e (c) tiver consciência e intenção de agir, causando uma gestão fraudulenta.

Faltando qualquer uma das exigências acima mencionadas, o *extraneus* não poderá ser coautor do delito constante do art. 4.º da Lei 7.492/1986.

Ademais, tendo em vista que o art. 25 da Lei 7.492/1986 deve ser sempre interpretado levando-se em conta a proximidade do agente com a gestão da instituição – detendo, portanto, o domínio do fato –, não há como se admitir que pessoa estranha aos quadros da empresa seja coautora do delito.

Assim, a título de exemplo, o sujeito que celebra com a instituição, contrato que coloque em risco o Sistema Financeiro Nacional, não será coautor do crime de gestão fraudulenta. No entanto, se comprovada sua intenção de aderir às fraudes, colaborando com o delito, poderá ser responsabilizado a título de participação.

Importante destacar a hipótese de o agente participar de apenas um ato fraudulento da gestão. Nesse caso, sua responsabilização condiciona-se à in-

tenção de ele colaborar para a configuração de uma gestão fraudulenta, ou seja, depende de ajuste, homogeneidade de vontades. Caso o agente desconheça a pretensão de a instituição ser administrada de forma fraudulenta, somente responderá pela fraude.

Aspecto relevante da participação na gestão fraudulenta consiste na intenção de o *extraneus* concorrer para o resultado, ainda que não pratique diretamente nenhum ato. Nesse caso, embora não exerça a administração da instituição, será responsabilizado como partícipe caso intervenha, seja por meio de instigação, seja por cumplicidade, nos atos da gestão.

Conclui-se, dessa forma, que é possível a comunicabilidade das circunstâncias constantes do art. 25 da Lei 7.492/1986 ao *extraneus*, que poderá ser responsabilizado como coautor ou partícipe do delito de gestão fraudulenta, a depender de seu envolvimento na administração da instituição financeira e nos atos fraudulentos integrantes da gestão.

## 6. REFERÊNCIAS


BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 1.

BREDA, Juliano. *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CALLEGARI, André Luís. Autoria e participação nos delitos especiais: a comunicabilidade das circunstâncias elementares do art. 30 do Código Penal. *Revista Ibero-Americana de Ciência Penais*. ano 1. n.1. p. 37-46. Porto Alegre: FMP, 2000.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____ et alii. *Crimes do colarinho branco*. São Paulo, Saraiva, 2000.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FIGUEIREDO FERRAZ, Esther de. *A co-delinqüência do direito penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky Ed., 1976.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. São Paulo: José Bushatsky Ed., 1976.

GOMES, Luiz Flávio. Notas distintivas do crime de gestão fraudulenta: art. 4.º da Lei 7.492/86 (a questão das "contas fantasmas"). In: PODVAL; Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal: arts. 25 a 27*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. vol. 1, t. 2.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MAZLOUM, Ali. *Crimes do colarinho branco: objeto jurídico, provas ilícitas*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MESTIERI, João. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. vol. 1.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Barcelona: PPU, 1996.

ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. Dissertação de mestrado, São Paulo, USP, 2010.

PIERANGELLI, José Henrique. O concurso de pessoas no novo Código Penal. *Revista Jurídica do Ministério Público*. vol. 26. n. 18. p. 104-113. Belo Horizonte: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, 1995.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.06.86*. São Paulo: Ed. RT, 1987.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 1.

_____. *Direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

REALE JÚNIOR. Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. 1.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. vol. 1.

TORTIMA. José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: uma contribuição ao estudo da Lei 7.492/86*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñes Pérez. Santiago: Jurídica do Chile, 1997.

WESSELS, Johannes. *Direito penal:parte geral. Aspectos fundamentais*. Porto Alegre: Safe, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de direito penal brasileiro: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2007.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86), de Luiz Carlos Betanho – *RBCCrim* 11/341;
- Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: uma análise crítica do art. 4.º e parágrafo único da Lei 7.492/86, de Paulo Cezar da Silva – *RT* 848/381;

- *Habeas corpus* - Crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, de Antonio Evaristo de Moraes Filho e George Tavares - *RBCCrim* 20/237;
- Lei 7.492/86 e o concurso aparente de leis, de Fábio Bittencourt da Rosa - *RT* 835/467; e
- Os crimes contra o Sistema Financeiro no esboço de nova parte especial do Código Penal de 1994, de João Marcello de Araújo Júnior - *RBCCrim* 11/145.

## Veja também Jurisprudência

- Agente que na qualidade de avalista, prestou falsas garantias em empréstimo irregular, ocasionando prejuízo à instituição financeira: *RT* 851/488;
- Gerente local de instituição financeira que pode figurar como sujeito ativo de gestão fraudulenta, pois ostenta poderes decisórios para conceder empréstimos e financiamentos, sem qualquer consulta prévia ao superior hierárquico: *RT* 910/717; e
- Gestão fraudulenta em delito de mão própria que só pode ser perpetrado por quem tenha poder de direção, determinado em rol legal: *RT* 914/480.

60158

# 1 UMA LEITURA DA INQUISIÇÃO ATRAVÉS DA ANÁLISE DO DISCURSO E DO SABER JURÍDICO-PENAL

*A reading on the Inquisition through the analysis of the legal-criminal discourse and knowledge*

**EDUARDO BAKER VALLS PEREIRA**

Mestrando em Direito Penal pela UERJ. Advogado.

**ÁREA DO DIREITO:** Penal

**RESUMO:** O presente artigo analisa o período histórico chamado de Inquisição, com ênfase em seus dois livros fundacionais, "Malleus Maleficarum" e "Directorium Inquisitorim", buscando encontrar discursos disfarçados e práticas discursivas ocultas sob uma aparência de irracionalidade e crença religiosa, que podem parecer mascarar as ideologias e ideários que operavam por trás deste momento na história do ocidente. Traçando um panorama histórico da Inquisição, passamos para uma análise mais detido de certos elementos e práticas da prática inquisitorial, como o inquisidor e produção discursiva, assim como os saberes criminais por trás da Inquisição, com especial atenção para os supostos inimigos da Igreja e o procedimento inquisitorial em si.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inquisição - História do direito - Direito penal.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the historical period known as the Inquisition, focusing on its two foundational books, "Malleus Maleficarum" and "Directorium Inquisitorium"; trying to find the disguised discourses and discursive practices hidden underneath an appearance of irrationality and religious belief that may seem to mask the ideologies and ideologists that operated behind this moment in Western History. Outlining a broad historical view of the Inquisition, we then analyze with more attention certain elements and practices of the inquisitorial practice, like the Inquisitor and the discursive production, as well as the criminal reasoning behind the Inquisition, with special attention to the alleged enemies of the Church and the inquisitorial procedure in itself.

**KEYWORDS:** Inquisition - History of law - Criminal law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Breve estória da Inquisição – 3. Elementos característicos da Inquisição: 3.1 De auxiliar à tirano: o surgimento e o papel do inquisidor; 3.2 Só há verdade na Igreja: a centralização da produção da verdade; 3.3 Inquisição como instrumento político: a Espanha dos reis católicos – 4. A Inquisição e o saber: 4.1 Heresias, misticismo e bruxaria: os inimigos da verdade; 4.2 Processo inquisitorial: a prática e a teoria da esquizofrenia persecutória inquisitorial – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

*"'É uma miséria memória, essa sua, que só funciona para trás', a Rainha observou.*
*'De que tipo de coisas você se lembra melhor?'*
*Alice se atreveu a perguntar.*
*'Oh, das que aconteceram daqui a duas semanas', a Rainha respondeu num tom displicente. 'Por exemplo, agora', ela continuou, enrolando uma larga atadura no dedo enquanto falava, 'há o Mensageiro do Rei. Está na prisão agora, sendo punido, e o julgamento não vai nem começar até quarta-feira que vem, e, é claro, o crime vem por último.'*
*'E se ele nunca cometer o crime?' Disse Alice.*
*'Tanto melhor, não é?' a Rainha retrucou, prendendo a atadura em volta do dedo com um pedacinho de fita.*
*Alice achou que isso era inegável. 'Claro que seria muito muito melhor', disse, 'mas não seria muito melhor para ele ser punido.'*
*'Nisso você está completamente errada', disse a Rainha.*
*'Já foi punida alguma vez?'*
*'Só pelo que fiz de errado', respondeu Alice*
*'E isso só lhe fez bem, eu sei!' disse a Rainha, triunfante.*
*'Sim, mas eu tinha feito as coisas pelas quais fui punida', disse Alice, 'isso faz toda a diferença.'*
*'Mas se não as tivesse feito', continuou a Rainha, 'teria sido melhor ainda; melhor e melhor e melhor!' Sua voz foi ficando mais aguda a cada 'melhor', até que por fim se transformou num guincho.'"*
Trecho do livro *Através do espelho e o que Alice encontrou por lá*, de Lewis Carroll

## 1. INTRODUÇÃO

A Rainha Branca em *Alice através do espelho* anda de costas, sempre olhando de onde veio e nunca para onde vai. A Rainha crê ter uma memória clarividente, a possibilidade de saber o futuro. Sabe o que vai acontecer, ou assim pensa. Dando pouca atenção ao que passou, a Rainha prende, pois "sabe" que o mensageiro cometerá, ou pode cometer, um crime. A prisão é antecipação e garantia. Se ele delinquir, está provada a necessidade da detenção. Se não, ainda melhor – segundo a Rainha.

A aparente irracionalidade da postura real esconde uma lógica perversa, mas recorrente. Foucault já apontava as práticas aparentemente sem sentido

do passado, nada tinham de ilógicas, como poderia parecer do ponto de vista de um espectador moderno. Havia apenas racionalidades distintas, que operam de maneiras particulares no decorrer do processo histórico.[1]

A lógica da Rainha ainda é muito presente. Deduz-se o futuro enquanto de costas para a direção que se toma, fingindo não estarem fortemente presos ao passado. O sistema punitivo é um bom exemplo e as "ciências" criminais servem como o saber de base desta aparente irracionalidade, assim como a Inquisição é parte deste passado ainda presente que se acredita superado.

Dentre as práticas inquisitoriais, a detenção e a tortura de inocentes era recorrente e provaria a própria fé do suplicante. A arbitrariedade, como a da Rainha, é boa, assim como hoje a prisão preventiva é utilizada como instrumento de segregação social dos "perigosos", à revelia da ordem constitucional.[2]

Enquanto estagiava na Defensoria Pública, um dos assistidos estava em prisão preventiva por porte de arma de fogo, mas já havia laudo técnico atestando a inidoneidade da arma para o disparo. A magistrada, porém, após o pedido de liberdade devidamente instruído com a então orientação dos tribunais superiores pela ausência de crime nestes casos, responde que entendia a teoria, mas que o detido tinha uma ficha de antecedentes criminais muito grande e por isso deveria ficar um pouco mais preso.

Difícil não reconhecer um traço inquisitorial nesta prática, assim como ver a racionalidade perversa que orienta este tipo de ação. Ainda bebemos muito das fontes inquisitoriais e vê-las como um momento histórico de histeria coletiva já ultrapassado apenas garante a repetição de suas lógicas.

Este artigo apresenta um breve histórico da Inquisição, buscando suas raízes históricas e teóricas, mostrando suas transformações até o momento de sua extinção no final do século XIX, dando especial atenção à Inquisição espanhola. Em seguida, analisa-se alguns dos elementos essenciais da Inquisição e as questões mais afeitas às "ciências" criminais, como o discurso de legitimação do processo de criminalização primária empreendido pela Inquisição e a lógica processo inquisitorial.

---

1. Para esta discussão, consultar, de Foucault, *Vigiar e punir* e *A verdade e as formas jurídicas*.
2. Neste sentido, é interessante apontar que o mensageiro preso, de acordo com as ilustrações originais de Tenniel, é o Chapeleiro Louco (ver nota 4 ao Capítulo "Lã e Água", em CARROLL, Lewis. *Alice: edição comentada*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002. p. 189), sendo a loucura uma das tradicionais indicações de periculosidade e motivadora de inúmeras encarcerações ao longo da História (consultar de Foucault, *Vigiar e punir* e *História da loucura*).

## 2. BREVE ESTÓRIA DA INQUISIÇÃO

A Inquisição, enquanto instituição, surge na Idade Média no século XII com a edição da bula *Ad abolendam*, em 1184, pelo Papa Lúcio III, visando acabar com a heresia cátara.[3] Porém a perseguição de hereges não é invenção da Inquisição. A ideia da necessidade de sua perseguição, já era prática antiga da fé cristã. Quando os imperadores romanos adotam o cristianismo como religião oficial, no século IV, os hereges passam a ser considerados como inimigos do Estado, mesmo que nessa época ainda não houvesse uma persecução.

Nos próprios ordenamentos jurídicos civis da Idade Média a heresia era considerada crime e, portanto, o herege era passível de sofrer punição. A própria Igreja já tinha mecanismos anteriores de combate à heresia, mas estes eram extremamente dispersos e descentralizados – como as visitas dos bispos às suas paróquias para averiguar possíveis problemas e pendências no local. Não havia um instrumento institucionalizado com o objetivo de combater os hereges.

No século XII, a inovação esta na criação do discurso de que a heresia ameaçava a soberania e o poder da Igreja Católica.[4] Era necessário combater esse mal, para que a verdadeira fé, a fé cristã, não se visse vítima.

Nesse momento fazemos a transição da Inquisição Medieval, que ainda era controlada pela Igreja, para a Inquisição espanhola. Esta segunda inaugura uma nova fase, ao retirar esse controle direto da Igreja e passá-lo para o Estado. Já havia um tribunal inquisitorial em Aragão desde 1238, mas ainda nos moldes da Inquisição Medieval. Foi em 1478, com uma bula papal que visava combater as práticas judaizantes na Espanha que se deu o primeiro passo rumo à Inquisição espanhola conforme a conhecemos hoje.

Essa Inquisição se consolidou em 1483, com a bula papal que nomeava Torquemada inquisidor-mor de toda a Península Ibérica,[5] marcando o começo da separação entre o poder centralizador da Igreja Católica e a Inquisição. Aqui, já é o Estado quem, de fato, controla a Inquisição, tornando-a, efetivamente,

---

3. O Catarismo surgiu em Langueduc, província da França, no século XII pregando dogmas contrários aos defendidos pela Igreja hegemônica, como a natureza má do mundo físico.

4. TURBERVILLE, Arthur Stanley. *La inquisición española*. 2. ed. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1950. p. 8.

5. KAMEN, Henry. *A Inquisição na Espanha*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966. p. 176.

um instrumento de política real.[6] Mas isso não fazia dela um tribunal secular, embora muitos católicos tenham feito essa afirmativa como forma de eximir a Igreja dos abusos perpetrados pela Inquisição espanhola. Seu poder vinha, direta ou indiretamente, de Roma.[7] Isso fica evidenciado pelas bulas papais e o papel vital que elas cumpriram no estabelecimento desse Tribunal, assim como pelo próprio teor do discurso inquisitório espanhol.

A Inquisição espanhola traz outra inovação, além da entrega do poder ao Estado, a criação do cargo de "promotor fiscal" ou acusador,[8] o correspondente ao nosso atual promotor público, figura essa que não existia na Inquisição Medieval e nem nos tribunais seculares, mas é compreensível sua introdução no contexto inquisitorial, visto que o réu era tido como culpado desde o começo. Logo, nada mais natural do que aparelhar ainda mais a acusação, para que a condenação se dê mais eficazmente e de forma, aparentemente, mais legítima.

Apesar da figura do inquisidor concentrar enorme poder,[9] ele não era o soberano do processo inquisitorial. Mesmo o inquisidor-mor não tinha autonomia completa na Espanha, não era ele que decidia sobre todas as questões. Em 1488 foi criado o *Consejo de la Suprema y General Inquisición*, que inicialmente era um órgão somente deliberativo, mas que "por volta de 1605 – segundo o embaixador veneziano Contarini – [já havia se tornado] absoluto em todas as questões de fé" (KAMEN, 1966, p.179). Porém esse aumento no poder desse conselho, chamado sucintamente de *Suprema*, acompanhou um aumento no próprio poder do próprio inquisidor-mor, que antes recebia seus poderes de Roma e passa a, ele próprio, delegar poder a outras pessoas.[10]

Todo esse poder concentrado nas mãos dos inquisidores não poderia durar por muito tempo, ainda mais devido ao momento histórico onde eles estavam inseridos, a formação e a consolidação dos Estados Nacionais. Com o fortalecimento do poder estatal, a Inquisição vai se enfraquecendo, afinal a Igreja exercia um poder muito forte sobre o povo e era necessário que o poder emanasse majoritariamente do Estado, e não da Igreja, como havia sido na Idade Média.

---

6. Idem, ibidem.
7. Idem, ibidem.
8. TURBERVILLE, Arthur Stanley. Op. cit., p. 60.
9. Alguns inquisidores concentravam as duas funções, eram os chamados inquisidores-fiscais – o que já aponta para qual seria a intenção do aparato montado pela Inquisição, a condenação.
10. TURBERVILLE, Arthur Stanley. Op. cit., p. 179.

Nessa época temos filósofos contestando a associação do Estado com a Igreja, pregando um Estado laico. Mas o fator político não era o único, as finanças da Inquisição se tornaram insustentáveis. O que antes era uma importante fonte de renda para o Coroa espanhola, e para a Igreja, se torna fonte de prejuízo.[11] A Coroa passa a custear o Tribunal Inquisitorial, o que não poderia se sustentar por muito tempo. Por último, temos a surgimento do Iluminismo e a eclosão de um pensamento em prol do homem, defendendo sua dignidade e autonomia. Um discurso incompatível com as práticas inquisitoriais.

A Inquisição espanhola acabou no final do século XIX,[12] mas ela cumpriu um importante papel político, econômico, social e discursivo no desenrolar da história que tentaremos melhor discutir nas partes seguintes. Finalizando:

"La última ejecución por herejía, nunca vista en Europa, tuvo lugar el 26 de julio de 1826, cuando un pobre maestro de escuela de intachable conducta, llamado Cayetano Ripoll, fué ahorcado por deísta impenitente. Su cadáver, encerrado en un barril que llevaba pintadas llamas rojas – para que de cualquier modo, se cumpliese el antiguo precepto-, fué enterrado en lugar" (KAMEN, 1966, p. 174).[13]

## 3. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DA INQUISIÇÃO

### *3.1 De auxiliar à tirano: o surgimento e o papel do inquisidor*

Foi aos poucos que surgiu a figura do inquisidor. Antes a responsabilidade de perseguir os hereges era dos bispos. Entretanto, estes não conseguiam cumprir essa função adequadamente, seja porque seus poderes se limitavam a sua diocese, o que dificultava o combate a um problema tido como internacional, seja porque eles já possuíam muitos outros compromissos com a sua comunidade.[14]

---

11. Idem, p. 345.
12. A Inquisição portuguesa também acaba por volta do mesmo período, enquanto que a Medieval já havia acabado há anos. A Inquisição Romana, entretanto, continua atuando até hoje com outro nome. Em 1965, o Papa Paulo VI, mudou o nome de Santo Ofício para Congregação para a Doutrina da Fé, uma importante, e atuante, congregação da atual Igreja Católica.
13. Tradução livre do original: "A última execução por heresia (na Espanha) (...) ocorreu no dia 26 de julho de 1826, quando um pobre professor de escola de conduta impecável chamado Cayetano Ripoll, foi enforcado em um barril que levava pintadas chamas vermelhas – para que de qualquer modo, mesmo que só simbolicamente, se cumprisse o antigo preceito".
14. TURBERVILLE, Arthur Stanley. Op. cit., p. 11.

O processo inquisitorial podia começar de duas outras maneiras, pelo *denuntiatio* de um arquidiácono, ou pelo *accusatio* de um indivíduo particular. Mas já no século XIII esse método, também, não mais funcionava eficazmente para combater à heresia, seja porque os arquidiáconos já estavam sobrecarregados com outros afazeres, ou pela falta de ajuda espontânea por parte de membros da comunidade.[15]

Devido ao fracasso desta chamada Inquisição episcopal, muda-se aos poucos a estrutura da perseguição inquisitória. Primeiro, em 1184, se obrigava os bispos a fazerem visitas periódicas à suas paróquias para obrigar aos seus seguidores de confiança a denunciar outros moradores.

O processo usado pela Inquisição nesse começo era composto de duas partes, o *inquisitio generalis* e o *inquisitio especialis*. O primeiro era uma espécie de investigação preliminar, onde ainda não havia ainda nenhuma acusação formal,[16] assim como no atual inquérito policial, no qual formalmente se entende que o alvo da investigação não estaria sendo formalmente acusado ainda.[17]

Como nos ensina Foucault, na sua obra *A verdade e as formas jurídicas*, essa investigação preliminar não foi uma invenção da Inquisição.[18] Esse inquérito, nome utilizado por Foucault, era utilizado inicialmente pelos bispos para resolver questões de ordem econômica e administrativa, e não para a perseguição de hereges. O *inquisitio* na Inquisição não era só uma forma de saber quem era herege ou não, mas uma forma da Igreja exercer seu poder sobre os corpos e mente dos indivíduos, sejam seus seguidores ou não.

Antes do ano de 1227 esse poder não podia ser exercido de forma contínua pela Igreja, pois carecia de uma força policial capaz averiguar as irregularidades e fazer valer sua presença nas comunidades continuamente, independente da presença do bispo que só vinha durante esses *inquisitio*.

Esse sistema foi melhorado quando, em 1227, decidiu-se que os bispos deviam nomear "testes synodales", pessoas com a obrigação de investigar as heresias erelatar ao bispo no momento de sua visita à diocese. No dizer de Tur-

15. Idem, p. 13.

16. Idem, p. 15.

17. Sob esse argumento surgem diversas das restrições que usualmente se impõe à defesa das pessoas submetidas a estes procedimentos, como a impossibilidade do advogado ter acesso amplo aos documentos da investigação ou a inexistência de recurso próprio para atacar certos atos da autoridade de policial.

18. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2005. p. 70.

berville, "una especie de policía extraoficial con el propósito expreso de descubrir a los herejes" (TURBERVILLE, 1950, p. 14).[19] E é dessa origem policialesca que surge a figura do inquisidor, um misto de juiz, investigador e policial.[20]

A mudança mais importante se dá em 1233, quando o Papa Gregório IX altera profundamente a estrutura da perseguição inquisitorial. Segundo ele, os bispos não teriam como realizar esta tarefa devido aos seus diversos outros deveres, portanto, faz-se necessário deixar, majoritariamente, aos frades dominicanos a tarefa de combater às heresias.[21]

Gregório IX se utiliza dessas ordens mendicantes que não possuem laços monásticos ou paroquiais, ou seja, não estão presos a um determinado lugar, podendo, portanto, mover-se livremente pelo território caçando os infiéis. Mas não é só devido a essa mobilidade, os dominicanos, assim como as outras ordens que cumpriram esse papel, eram reconhecidos pela sua eminência intelectual, espírito missionário e profunda devoção aos dogmas da Igreja, uma combinação ideal para a formação dos futuros inquisidores.

Porém, neste momento a Inquisição ainda está vinculada à figura do bispo, esses monges dominicanos começam trabalhando junto aos bispos, auxiliando-os na perseguição dos hereges. Com o tempo esses monges se emancipam do controle dos bispos, eles se tornam os inquisidores, concentrando grande parte do poder da Inquisição na sua figura e tomando as rédeas do processo inquisitorial, embora eles ainda respondessem, de certa maneira e teoricamente, aos bispos daquela congregação onde estavam operando. É nesse contexto que surgem os inquisidores que se tornaram referência ao tratar do fenômeno inquisitorial.

Encontramos na obra de Turberville uma hipótese interessante de como o inquisidor se sentia durante o *inquisitio especialis*. Segundo o autor, nesse momento do processo o inquisidor era

"(...) la doble calidad de acusador y de juez, combinación anómala de funciones incompatibles, que respondía al hecho de que el inquisidor no se consideraba ni como acusador ni como juez, sino simplesmente como un padre confesor que trataba de llevar al arrepentimiento a los equivocados, para imponerles la penitencia adecuada a la falta" (TURBERVILLE, 1950, p. 14).[22]

---

19. Tradução livre do original: "uma espécie de polícia extraoficial com o objetivo expresso de descobrir os hereges".

20. TURBERVILLE, Arthur Stanley. Op. cit., p. 13.

21. Idem, ibidem.

22. Tradução livre do original: "(...) a qualidade dupla de promotor e juiz, combinação anômala de funções incompatíveis, que levava ao fato dele não se considerar nem

A religião era algo profundamente arraigado na psique do medievo e não podemos desconsiderar essa questão ao tentar entender o fenômeno da Inquisição. Mas, por outro lado, não devemos acreditar piamente nessa leitura apresentado por Turberville, da mesma forma que não se pode crer que todos os inquisidores eram homens de má índole e pervertidos. Sádicos legitimados por um forte aparato repressivo, coercitivo e ideológico. A leitura do autor, porém, nos evidencia a posição concentradora de poder em que o inquisidor se encontrava e na missão ilusória que ele, possivelmente muitas vezes, se designava.

O poder do inquisidor tinha, também, outra face, diferente do poder policial ou jurisdicional que apresentamos acima. O inquisidor, diferentemente dos homens normais, seria imunes ao mal.[23] O livro *Malleus Maleficarum* nos diz que as bruxas são incapazes de fazer mal ao inquisidor, pois ele é o encarregado de fazer a justiça pública.[24]

Seu poder religioso tinha um caráter mesmo sobrenatural, um mero toque do Inquisidor podia destituir a bruxa de todos os seus poderes.[25] Evidente que isto não passava de discurso, pois mais a frente no mesmo livro alerta-se o inquisidor e seus subordinados a não se deixarem tocar pela bruxa, nem mesmo deixá-la olhar fixamente para o servo de Deus, nem mesmo permitir que ela falasse livremente, pois qualquer uma dessas hipóteses poderia fazer com que a herege enfeitiçasse a todos.

O que se quer é criar um discurso legitimador do poder do inquisidor. A bula de Inocêncio VIII dá "poderes plenos e irrestritos" ao inquisidor, portanto, era preciso que se criasse uma aura de autoridade e poder em torno da figura do inquisidor para evitar questionamentos. Com o fim da Inquisição a figura do inquisidor desaparece, mas a sua lógica – a suposta necessidade de uma autoridade com poderes extraordinários, não necessariamente sobrenaturais, para resolver nossos problemas – não.

---

como promotor, nem como juiz, e só simplesmente como um padre confessor que tratava de levar ao arrependimento aos equivocados, para impor-lhes a penitência adequada à falta confessado".

23. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. vol. 1. p. 514.

24. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Introdução histórica por Rose Marie Muraro. Prefácio por Carlos Byington. 12. ed. Rio de Janeiro: Record/Rosa dos Tempos, 1997. p. 193. Convenientemente, ele diz ter "muitos exemplos (...) para prová-lo, mas o tempo (...) não nos permite" (KRAMER; SPRENGER, 1997, p. 193), o que é curioso, visto a extensão do livro e a profusão de repetições ao longo do mesmo.

25. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. Op. cit., p. 199.

O inquisidor também serviu para começar a habituar o povo à presença de um representante de um poder maior vigiando e controlando a vida de todos. Daí a importância que terá a Inquisição na consolidação do poder político do Estado Nacional, ao menos espanhol, conforme analisaremos a seguir.

### *3.2 Só há verdade na Igreja: a centralização da produção da verdade*

A Inquisição tentou cumprir a importante missão de uniformizar o pensamento do povo católico, e até mesmo do povo europeu em geral. Para se seguir a fé católica devia se estar conforme os padrões e ditames estabelecidos pela Igreja – concentrando, centralizando e verticalizando o poder e o saber religiosos.

Aqui temos a gradual ampliação de sua jurisdição. A heresia, por definição, seria a traição ao batismo, portanto, só seriam hereges aqueles que haviam sido batizados no berço da Igreja Católica. A Igreja aos poucos relativizou esse entendimento, considerando qualquer tipo de batismo, como os feitos pelos protestantes, como suficientes para poder se submeter aquela pessoa ao poder inquisitorial.[26] Com o passar do tempo, até mesmo isso foi sendo deixado de lado e qualquer um que estivesse sob o território controlado pela jurisdição inquisitorial poderia ser alvo dela.[27]

A Inquisição pega a noção romana de "crime contra o soberano" e a aplica ao saber religioso.[28] A heresia não é um crime contra Deus somente, é um atentado contra a autoridade eclesiástica suprema que era a Igreja Católica. O homem passa a ser objeto dominado,[29] perde sua autonomia, a Igreja controla suas ações e seus pensamentos, visto que até mesmo pensar hereticamente constituía crime de heresia. O herege é visto como um criminoso, um rebelde, que deve ser disciplinado para que se mantenha a disciplina a hierarquia.[30]

Rose Marie Muraro, na "Breve Introdução Histórica" à edição brasileira de 1997 do *Malleus Maleficarum*, nos diz que "os quatro séculos de perseguição às bruxas e aos heréticos nada tinham de histeria coletiva, mas, ao contrário, foram uma perseguição muito bem calculada e planejada pelas classes dominan-

26. Idem, p. 193.
27. Idem, p. 194.
28. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Op. cit., p. 393.
29. Idem, p. 502.
30. TURBERVILLE, Arthur Stanley. Op. cit., p. 8.

tes, para chegar a maior centralização e poder" (MURARO, In: KRAMER; SPRENGER, 1997, p. 15).

Tal interpretação lê a Inquisição somente como uma questão de classe, o que é contestável. Não se nega que há um forte componente classista no fenômeno inquisitorial, afinal se trata, em boa parte, da subjugação das classes oprimidas pelos aparatos oficiais de poder a serviço de determinada ideologia, porém não podemos cair na falácia de ver a Inquisição somente como um plano arquitetado pelas classes dominantes. Há um importante resultado final da Inquisição, que é a maior centralização do poder, e, consequentemente, do saber, que não pode ser adequadamente compreendido sem a percepção de que "enorme parcela dos inquisidores acreditava na realidade da feitiçaria, assim como muitíssimas feiticeiras acreditavam naquilo que confessavam perante à Inquisição" (GINZBURG, 2009, p. 30).

Assim, mesmo sem necessariamente uma intenção direta por parte dos atores do processo inquisitorial, é inegável a forte ingerência da Igreja nos assuntos seculares e um dos principais pontos desta influência está nas competências dos tribunais eclesiásticos.

Eles tratavam principalmente de infrações contra a religião, como a heresia, mas estendiam seu poder também a outros tipos de infração, que não eram propriamente crimes contra a religião, mas afrontavam ensinamentos da Igreja, como a usura e o adultério.[31]

Esse fortalecimento do poder da Igreja está profundamente ligado à noção de verdade que a Igreja desenvolve ao longo da sua história. Quando chegamos à Idade Média, a Igreja já possui um discurso articulado de como só há salvação no seio da cristandade.

Esta noção diz a todos que o único saber legítimo é aquele sancionado pela Santa Sé, o que confere um imenso poder à Igreja e àqueles que a representam. A divisão que tradicionalmente se faz entre o domínio terrenal, ou temporal, e o domínio espiritual, sendo o primeiro território dos reis e o segundo dos padres se mostra insuficiente. O domínio da Igreja sobre as pessoas não se limita à sua espiritualidade. Ele condiciona práticas e condutas, formas de ser e de existir dos católicos.

Alguns exemplos ilustram bem isso. No livro de Eymerich temos clara a noção de que, devido à heresia e à falta de fé, se instauram perturbações, tu-

31. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 140.

multos, abalando a paz e a ordem pública.[32] Ou seja, onde não reina a fé católico-cristã não pode haver ordem e paz, pois a ordem provém de Deus e de sua Providência, e aqueles que não seguirem a verdadeira religião, a verdadeira fé, estarão se distanciando da paz e da ordem, da verdade.

O fato de quem nega a existência das bruxas incorre em heresia fortalece essa noção. Zaffaroni nos diz que isso se dá pois negar o poder das bruxas seria negar a legitimidade do poder do Inquisidor.[33] Mas a questão parece ir além, negar que bruxaria é heresia, ou que elas, as bruxas, existam, é negar uma verdade enunciada pela própria Igreja Católica. Como é ela a representante de Deus na Terra, através da figura do Papa, está se negando às suas verdades, e negar essas verdades é negar a Deus, portanto, é heresia, é pecado, é crime.

### *3.3 Inquisição como instrumento político: a Espanha dos reis católicos*

A Inquisição espanhola não foi capitaneada exclusivamente pela Igreja, mas também pela Coroa espanhola. Essa particularidade fez com que ela fosse usada como um instrumento político, como nos ensina Turberville: "La instalación de la nueva Inquisición por los Reyes Católicos debe considerarse como una parte de su propósito de organización y unificación política" (TURBERVILLE, 1950, p. 24).[34]

A Inquisição era em grande parte financiada pelos próprios confiscos de bens que realizava. Na Espanha, como a Inquisição estava sob o controle da Coroa, "tecnicamente, portanto, toda a propriedade confiscada ia para a Coroa" (KAMEN, 1966, p. 190). A Inquisição era uma importante fonte de renda para o recém criado Estado Nacional espanhol, a ponto de o autor Henry Kamen, parafraseando Hernando de Pulgar, historiador espanhol do século XV, afirmar que: "a procura de hereges era, na realidade, a procura por propriedades" (KAMEN, 1966, p. 190).

Além do caráter econômico, a Inquisição buscava a uniformização do pensamento do povo espanhol. Conforme já dissemos, a Inquisição visava impor a sua fé a todos. Isto era interessante para os reis espanhois, pois, assim, teriam

32. EYMERICH, Nicolau. *Manual do inquisidor.* 2. ed. rev. e ampl. por Francisco de La Peña. Prefácio por Leonardo Boff. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 32.

33. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Op. cit., p. 513.

34. Tradução livre do original: "A instalação da nova Inquisição pelos reis católicos deve ser considerada como uma parte do seu propósito de organização e unificação política".

um povo ideologicamente uniforme que acreditaria piamente nas verdades enunciadas pela Igreja Católica e pelo cristianismo.

Na mesma época de consolidação dos Estados Nacionais, temos as teorias que visavam explicar a legitimidade do poder absoluto dos reis dizendo que seu poder emanava diretamente de Deus. Essa explicação só funcionaria em uma sociedade docilizada pela doutrina católica, daí a importância do sucesso da Inquisição para o próprio poder secular.[35]

Esta construção pode também ser lida como uma evidenciação do caráter de dominação de classe ao menos implícito do fenômeno inquisitorial, pois, se sua efetivação colaborou para a consolidação do poder secular, também contribuiu para a implementação de uma nova classe dominante que surgia com o apagar do poder feudal, o rei e a nobreza, ao mesmo tempo em que buscava garantir a manutenção de outra classe historicamente dominante, o clero.

Outro fator que nos mostra o compromisso político da Inquisição é o tratamento diferenciado dado a diferentes tipos de réus. Essa noção está presente nos comentários feitos por Francisco de La Peña à obra de Eymerich, nos quais ele nos diz que "deve-se castigar, com rigor, o pecado da desobediência ao inquisidor. No entanto, quando se tratar de conselheiros e pessoas importantes, é melhor impor-lhes penas menos duras" (DE LA PEÑA. In: EYMERICH, 1993, p. 93). Ora, se um dos objetivos da Inquisição espanhola era a consolidação do poder político da Coroa, ela não poderia atacar àqueles que estavam ao lado do rei, ou que eram potenciais apoiadores ou, até mesmo, opositores influentes. Mas, por outro lado, não se poderia simplesmente excluí-los da jurisdição da Inquisição. Então se constroi um discurso intermediário, pregando uma punição mais leve, assim o povo não sente que está sendo o único alvo da perseguição, e os nobres ou ricos ficam com a sensação que estão sendo privilegiados, já que não são tratados como se fossem qualquer um.

Isto vai totalmente contra a pretensão de universalismo e uniformidade que tanto marca o discurso inquisitório, mas essa contradição não é problematizada de forma adequada, nem ao menos se tenta dar uma desculpa razoável, nas obras oriundas daquele período analisadas para a feitura desse trabalho.

Essa união entre Estado e Igreja não foi de todo pacífica. Houve alguns conflitos durante o começo da instauração da Inquisição na Espanha,[36] che-

35. Podemos destacar ainda que mesmo as teorias aparentemente puramente seculares se aproveitam desta centralização, pois nestas também temos a noção de um poder soberano supremo, da mesma forma que a abordagem religiosa.

36. KAMEN, Henry. Op. cit., p. 175.

gando a haver contendas diretas envolvendo, de um lado, a Igreja e, do outro, a Inquisição apoiada pela Coroa espanhola,[37] mas em não muito tempo a Igreja reconheceu o controle da Coroa sobre a Inquisição.

Este acontecimento não é de forma algum estranho, a preocupação principal da Igreja era a hegemonia da sua fé, o fortalecimento da sua doutrina e da sua autoridade. O fato de ser a Coroa quem estava comandando a Inquisição, não muda o fato de que seria a religião católica que estaria sendo imposta às pessoas. Quem estabelece o que é ou não verdade, o que está ou não de acordo com a fé cristã não é o Estado espanhol, mas a Igreja. Portanto, seu controle sobre as mentes e condutas continua sendo fortalecido pela Inquisição estatal levada a cabo pelos Reis Católicos, Fernando e Isabel.

Por fim, a Inquisição fortaleceu a verticalização do poder, tanto quanto a Igreja, quanto ao Estado, e hierarquização da sociedade europeia de sua época, antecipando um modelo de prática estatal que seria largamente utilizado nos séculos seguintes,[38] mesmo que bastante modificado, ou muito bem camuflado.

## 4. A INQUISIÇÃO E O SABER

### *4.1 Heresias, misticismo e bruxaria: os inimigos da verdade*

A Inquisição tinha três principais alvos que foram se desenhando ao longo dos seus anos. O primeiro, e o mais óbvio, era a heresia. Essa palavra nasce no começo da religião cristã, quando havia diferentes visões sobre a revelação de Cristo e sua doutrina, e representa apenas um entendimento diverso sobre estes. Tínhamos, por exemplo, os maniqueus e os gnósticos, que acreditavam na existência do mal enquanto substância,[39] além dos marcionistas e diversas outras correntes de pensamento. Devido à tendência universalista do catolicismo, era necessária a uniformização do pensamento religioso, daí a importância de obras como *Contra as heresias*, de Irineu de Lião, um dos primeiros representantes da Patrística Católica, que buscava refutar esses discursos paralelos.

No ano de 325, é realizado o Concílio de Nicéia, e lá se estabelecem alguns dos dogmas fundamentais da religião católica, como, por exemplo, a divindade

37. TURBERVILLE, Arthur Stanley. Op. cit., p. 57.

38. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Op. cit., p. 509.

39. O gnosticismo já existia muito antes do Cristianismo, mas houve uma vertente gnóstica do pensamento cristão que alegava ser possível alcançar os segredos de Deus através da razão, do conhecimento. Daí o nome gnosticismo, que vem do grego "gnosis", γνώσις.

e a humanidade como características simultâneas de Cristo,[40] impondo o nome de heresia às demais formas de compreender a Cristo e sua mensagem, como as apresentadas acima.

Nesse primeiro momento o termo heresia corresponde a um entendimento equivocado da religião, mas com o tempo essa noção de divergência dogmática se expande, passando a se referir a "un grave delito al mismo tiempo que un pecado, porque pone en peligro la existencia misma de la sociedad civil, que se basa, en último término, en la verdadera aprehensión de Dios y de la justicia" (TURBERVILLE, 1950, p. 170).[41] Essa noção aliada à tendência universalista da religião católica, "a Igreja pretende impor a sua concepção ao mundo inteiro",[42] levou a um quadro onde "praticamente tudo cai sob a suspeita de heresia. Portanto, todos são condenados à repetição do discurso oficial" (BOFF. In: EYMERICH, 1993, p. 16). Logo, enquanto que no começo a Inquisição se limitava às heresias, já no começo do século XVI, ela já criminalizava e tratava de qualquer crime relativo à Igreja ou a profissão de fé cristã.[43]

Temos diversos exemplos desse amplo processo de criminalização primária empreendido pelos pensadores da Inquisição. "La tolerancia, cuando se trata de las cuestiones vitales a la alma, es mera indiferencia a la fundamental disparidad entre la verdad y la falsedad, el bien y el mal" (TURBERVILLE, 1950, p. 177).[44] Tolerar ou ignorar o fenômeno herético é, também, pecado, é também delito, é negar a verdade e o bem e, portanto, é heresia.

É herege aquele que ajuda o herege,[45] mesmo sem compartilhar suas opiniões, visto que ajudar um inimigo de Deus é afrontar a Ele. É herege aquele que se nega a ajudar a Inquisição, incorrendo em grave suspeita de heresia,

---

40. Algumas corrente heréticas afirmavam que Cristo era pura divindade, não tendo nada de humano. Já outras que ele era um humano escolhido por Deus. Ambas iam contra a lógica dominante da nascente Igreja Católica, organizada e hierarquizada, portanto, foram consideradas heresias. Sendo importante ressalvar que há um motivo teológico para essa escolha de posição, mas que não trataremos aqui.

41. Tradução livre do original: "um grave delito, ao mesmo tempo em que um pecado, porque põe em risco a existência mesma da sociedade civil, que se baseia, em última análise, na verdadeira apreensão de Deus e da justiça".

42. GILISSEN, John. Op. cit., p. 134.

43. KAMEN, Henry. Op. cit., p. 249.

44. Tradução livre do original: "A tolerância, quando se trata das questões vitais à alma, é mera indiferença à fundamental diferença entre a verdade e a falsidade, o bem e o mal".

45. EYMERICH, Nicolau. Op. cit., p. 40.

sendo, portanto, passível de sofrer a tortura.[46] É herege aquele que pensa hereticamente, mesmo que não externe suas opiniões.[47] É herege qualquer um que diga, pense ou faça qualquer coisa contrária a qualquer dogma da Igreja, verdade enunciada pela Igreja ou conteúdo dos livros canônicos, mesmo que esteja indo contra algo que esteja somente implícito nesses ensinamentos.[48] Logo, corrigir a Bíblia era um delito gravíssimo.[49] A imoralidade passou a ser perseguida,[50] em 1505 a usura era submetida à Inquisição,[51] assim como a bigamia também o foi em outros momentos.[52]

Um exemplo prático é interessante para mostrar até que ponto chegou o absurdo da criminalização promovida pela Inquisição:

"Dr. Ruiz del Prado; este inquisidor que também era, armou um auto-de-fé público, para o dia 30.11.1587, nele sendo penitenciados:

– Juan Díaz, barbeiro espanhol, por haver jurado pelas orelhas do Papa e dito que era melhor ser mulher casada do que freira, e que ter relação carnal com uma índia na Semana Santa era pecado venial.

– Gonzalo Rodríguez, natural de Extremadura e lavrador ativo, por ter dito que quem não fosse cavalgado pelo diabo neste mundo sê-lo ia no outro.

– Dois negros panamenhos, Juan e Maria, por disparates semelhantes.

– Como bígamos: Gabriel de Leon, Pedro de Aguilar, Gaspas López de Augusto, Juan Gonzalez, Álvaro Calderón, Iñigo de La Vega, Hernán López, Pedro de Leon, Gabriel Cea, Carlos Correa e Juan Bautista, uns espanhois e outros portugueses" (PALMA, 1992, p. 37).

Assim como:

"Nós, os inquisidores

(...)

Ordenamos que denuncieis diante de Nós se souberdes ou tiverdes ouvido falar que algumas pessoas hajam guardado os sábados, em obediência à Lei

46. Idem, p. 196-197.

47. Idem, p. 39.

48. Mas como a Igreja era a única legitimada para interpretar os textos religiosos, na prática era heresia qualquer postura contrária a qualquer postura da Santa Sé.

49. PALMA, Ricardo. *Anais da Inquisição em Lima*. São Paulo: Edusp/Giordano, 1992. p. 96.

50. KAMEN, Henry. Op. cit., p. 261.

51. Idem, p. 251.

52. PALMA, Ricardo. Op. cit., p. 37.

de Moisés, vestindo camisas limpas ou outras roupas melhores, colocando na mesa toalhas limpas e arrumando a cama com lençois limpos em honra do referido sábado, não acendendo fogo nem outra coisa nele, guardando-o desde a sexta-feira à tarde. (...) Ou que tenham degolado reses ou aves que devem comer, provando primeiro a faca na unha para ver se há falha no gume. (...) Ou celebravam a páscoa, começando por comer alface, aipo ou outras verduras" (PALMA, 1992, p. 96).

Finalmente, "são heréticas todas as práticas que implicam, em si mesmas, ações heréticas" (EYMERICH, 1993, p. 54), ou seja, é pecado, delito, heresia, tudo que se queira que seja. Ao ponto de que "é fracamente suspeito (...) quem (...) tiver um comportamento diferente das demais pessoas" (EYMERICH, 1993, p. 77), a mera suspeita já constitui crime,[53] delito.[54]

Temos, ainda, o Misticismo, que é um tipo específico de heresia. O Misticismo é uma prática ascética, que valoriza o isolamento e a autodescoberta.[55] Essa concepção vai diretamente contra a ideia hierarquizada e centralizadora que a Igreja tem da fé. Não é concebível que um indivíduo possa, sozinho, alcançar a Deus, só se pode chegar a Deus por intermédio da Igreja Católica, o contrário é pecado, heresia. Diferenciam-se três tipos de místicos: os que valorizam a luz interior, depreciando a autoridade eclesiástica; os que aceitavam como válida qualquer ideia que proviesse de seus transes religiosos, ferindo o monopólio centralizador de produção da verdade dominado pela Igreja; e, por último, os impostores, que faziam se passar por santos e religiosos para se aproveitar dos crédulos católicos.[56]

Mas a questão do Misticismo não é tão simples, pois algumas pessoas denunciadas como místicos, chegando a ser processadas pela Inquisição, mas acabaram sendo absolvidas e, até mesmo, convertidas em santos ou beatos, como foi o caso de Santa Teresa e de São Francisco.

Por último, a bruxaria. Ela é, antes de tudo, uma traição contra Deus, assim como as outras formas de heresia, mas o principal livro da Inquisição sobre as bruxas, o *Malleus Maleficarum*, diz ser a bruxaria diferente das demais heresias. "A bruxaria difere de todas as outras artes maléficas e misteriosas pelo fato de que, de todas as superstições, é a mais vil, a mais maléfica, a mais hedionda"

53. EYMERICH, Nicolau. Op. cit., p. 53.

54. TURBERVILLE, Arthur Stanley. Op. cit., p. 82.

55. Idem, p. 124-125.

56. Idem, p. 127.

(KRAMER; SPRENGER, 1997, p. 77), ao ponto do autor afirmar que o pecado das bruxas é maior que o dos "Anjos Maus" e do que o do próprio Satanás.[57]

De acordo com Raúl Zaffaroni, o *Malleus Maleficarum* inaugura a noção da inferiorização da camada criminosa,[58] a mulher. Elas não conhecem a moderação,[59] já que são fracas e sem disciplina.[60] Elas são burras e carnais,[61] possuem o coração leviano, sendo, portanto, mais impressionáveis.[62] Sua língua maliciosa[63] corrompe e é corrompida pelo diabo, com quem elas cooperam para fazer o mal.[64] Afinal, "houve uma falha na formação da primeira mulher, por ter sido ela criada a partir de uma costela recurva, ou seja, uma costela do peito, cuja curvatura é, por assim dizer, contrária à retidão do homem" (KRAMER; SPRENGER, 1997, p. 116).

O livro praticamente inteiro é dedicado à mulher, exceto uma pequena parte, de menos de 10 páginas (frente a um livro de mais de quinhentas), que trata dos magos-arqueiros, que compactuam com o demônio para não errar seu alvo. Logo, o homem bruxo é um guerreiro, seu pecado vem de uma necessidade bélica, abater seu inimigo, e não de uma índole corrompida e falha como a da mulher.

O autor argentino ainda destaca que o *Malleus* adota a causalidade diabólica e a inferioridade genética das mulheres para explicar o surgimento do mal.[65] Inova-se criando uma teoria da causalidade plurifatorial para o delito.[66] A bruxa é mais vulnerável, isso se dá devido a uma série de características da mulher, como o fato de que, assim como as serpentes, elas são mais susceptíveis ao diabo, mas isso só não basta, é necessário que o demônio participe ativamente corrompendo e seduzindo essa camada inferior da humanidade. Mas só o poder de sedução do demônio não é suficiente para corromper a alma frágil de qualquer mulher, afinal nós temos vários exemplos de mulheres que

57. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. Op. cit., p. 185.
58. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Op. cit., p. 510.
59. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. Op. cit., p. 113.
60. Idem, p. 118.
61. Idem, ibidem.
62. Idem, p. 115.
63. Idem, ibidem.
64. Idem, p. 70.
65. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Op. cit., p. 512.
66. Idem, ibidem.

seguiram piamente os ensinamentos da dogmática católica, como as santas e beatas. A mulher, através do seu livre-arbítrio, escolhe livremente se render ao mal, caso contrário, estaria excluída a culpabilidade, e a Inquisição não estaria legitimada a punir as bruxas.[67]

A visão do destino como algo determinado, que estaria pressuposta caso não se concedesse o livre-arbítrio às mulheres, é herética,[68] caso contrário também se excluiria a culpabilidade.[69]

Os autores desse enfadonho livro atribuem às bruxas toda espécie de mazela que assola o homem. Os lobos atacam os homens por causa das bruxas,[70] elas metamorfoseiam os homens em bestas,[71] elas fazem sumir o pênis dos homens.[72] "Desse modo, todos os males a que está sujeita a espécie humana seriam obra de bruxas" (PALMA, 1992, p. 93), e devo acrescentar que mesmo aqueles males que não se abatem sobre o homem, até mesmo aqueles males que não existem, são culpa das bruxas. A bruxa é tão perigosa que, até mesmo morta, pode fazer o mal.[73]

Não há um consenso do porque da escolha da mulher como alvo da Inquisição. Segundo Carlos Byington, no prefácio da edição do *Malleus* utilizada nessa pesquisa:

"Este ódio à mulher misturou-se na Inquisição e no *Malleus* à atração mórbida por ela devido à sexualidade culturalmente reprimida e à sua desvalorização na Igreja. Isso fez com que a tortura (...) incluísse procedimentos tarados, ou seja, sexualmente perversos, que incluíam o voyeurismo e o sadismo" (BYINGTON, C. A. B. In: KRAMER; SPRENGER, 1997, p. 34).

Zaffaroni apresenta uma visão distinta. Segundo o autor, a mulher era naquela época a principal transmissora do saber familiar, isso numa cultura ainda

67. Idem, p. 513.

68. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. Op. cit., p. 101.

69. Essa questão, o livre-arbítrio, já havia sido muito trabalhada por outros importantes autores cristãos, como Santo Agostinho na carta *Da graça e do livre-arbítrio*. Nessa altura da história do desenvolvimento da filosofia cristã já era ponto pacífico dentro do dogma da Igreja a existência do livre-arbítrio, portanto, não podemos dizer que isso foi um artifício usado pela Inquisição para poder punir as bruxas.

70. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. Op. cit., p. 153.

71. Idem, p. 254.

72. Idem, p. 248. Claro que o pudor dos inquisidores não os permite dizê-lo desta forma, dizendo, ao invés, "membro viril" ou "órgão masculino".

73. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. Op. cit., p. 176.

marcadamente pagã.[74] Quando era a mulher quem ensinava a criança o que era certo ou errado, ou que era o religioso, ela estava alijando a Igreja de uma das suas principais funções, o adestramento. Mas, mesmo assim, não podemos esquecer que o cristianismo floresceu no interior do Império Romano,[75] uma sociedade fortemente patriarcal, onde a mulher não desempenhava um papel ativo importante na sociedade.

A criminalização aqui empreendida não se referia a todos as mulheres igualmente. Os inquisidores Kramer e Sprenger, se mantendo dentro da lógica da Inquisição, já exposta acima, de eximir os ricos e nobres de parte da culpa, afirmam que a bruxaria é ofício dos iletrados.[76] Como nós sabemos, a grande maioria da população europeia dessa época é analfabeta, exceto a camada mais rica da população, ou os nobres, assim como os membros do clero. Logo, a bruxaria é ofício, somente, da plebe, do povo pobre. Vemos aqui uma origem longínqua da criminalização da pobreza, questão já fartamente trabalhada na bibliografia contemporânea, como na obra de Loïc Wacquant. Essa tese é corroborada pela seguinte passagem *d'O martelo das feiticeiras*:

"A razão para isso (o ocultamento dos nomes das testemunhas) é que é mais perigoso se tornar conhecidos da acusada os nomes das testemunhas quando a acusada é pobre, porque é pessoa que tem muitos cúmplices malignos, como bandidos e homicidas, a ela associados, que nada têm a perder, além da própria vida [visto que são pobres como ela], o que não é o caso com os que são de berço nobre ou ricos, com abundância de posses temporais" (KRAMER; SPRENGER, 1997, p. 417).

Resumindo, as escolhas empreendidas pela Igreja quanto à criminalização primária das condutas ditas heréticas responde, em parte, a certa dogmática teológica, mas também se refere, e talvez em maior medida, a uma necessidade de intensificar o caráter vertical do saber religioso, centralizando a produção da verdade na instituição da Igreja e punindo aqueles que eram inimigos da verdadeira fé. Nesse processo, vemos a criminalização de condutas que nos parecem fugir totalmente do conceito de heresia apresentado no começo dessa parte, como a submissão ao auto de fé de alguns homens por terem jogado cartas.[77] Mas, além desses exageros, vimos que aqueles que contrariavam o monopólio da Igreja quanto às questões de fé era herege, por isso a crimina-

74. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Op. cit., p. 512-513.

75. BYINGTON. In: KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. Op. cit., p. 24.

76. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. Op. cit., p. 206.

77. PALMA, Ricardo. Op. cit., p. 37.

lização e a punição dos judeus e protestantes eram tão comuns nos tempo da Inquisição. E essa parece ser a questão central da "seletividade"[78] empregada pela Inquisição nas suas escolhas de criminalização primária.[79]

### *4.2 Processo inquisitorial: a prática e a teoria da esquizofrenia persecutória inquisitorial*

O processo inquisitorial podia começar por iniciativa do próprio inquisidor, quando ele sabia diretamente de uma heresia, ou lhe era informado pelas autoridades eclesiásticas, ou por delação de algum particular, o chamado *diffamatio*. Nesses casos, a questão era enviada aos qualificadores, que deviam opinar se a perseguição era cabível ou não.

Na prática, isso quase nunca ocorria, sendo a denúncia enviada diretamente ao promotor que, se considerasse válido o caso, pedia a prisão, de caráter preventivo, do réu, onde permanecia durante todo o andamento do processo que poderia se alongar por meses. Os qualificadores restringiam a sua atividade a casos onde estavam envolvidas questões dogmáticas mais complicadas e delicadas, quando o limite entre heresia e não heresia era tênue.[80]

Esse sequestro praticado pelos oficiais da Inquisição podia se dar a qualquer momento, sem aviso prévio e sem esclarecimento do porque da detenção. Além de que, se o delito fosse grave, se confiscava automaticamente todos os bens do réu,[81] a serem devolvidos no caso, assaz raro, de absolvição.

Durante a Idade Média, nunca podia se ter certeza de que não se seria acusado de heresia, e a qualquer momento se podia ser sequestrado, sem que se soubesse os motivos. Isso contribuía para criar um clima de terror psicológico sobre a população, o que fazia com que muitas vezes as pessoas se autoincri-

78. Emprego aspas porque, devido ao espectro muito amplo das condutas criminalizadas pela Inquisição, o termo seletividade não parece totalmente adequado, pois, normalmente, dá a ideia de parte, pedaço. Enquanto que na Inquisição, a criminalização parece incidir muito mais sobre um todo, do que sobre uma parte.

79. Quanto à criminalização secundária, já vimos indícios de como ela operava, excluindo os nobres e ricos de seu âmbito de aplicação. De maneira geral era isso que ocorria, a Inquisição não atacava, em regra, aquelas figuras importantes ou influentes da sociedade, para não desgastar a sua imagem. Algo não muito diferente do que assistimos hoje.

80. TURBERVILLE, Arthur Stanley. Op. cit., p. 71.

81. Esses balanços contábeis de bens apreendidos são uma importante fonte de informações para o estudo da Inquisição e suas práticas.

minassem, visto que a confissão espontânea era premiada com a amenização da punição.[82]

Antes mesmo de a própria pessoa saber por que estava sendo acusada, perguntava-se a ela se não queria confessar seu pecado.[83] Claro que a pessoa não tinha a menor ideia do que tinha feito, então tratava de confessar tudo que tinha feito que achasse ser errado, ou dizia não ter feito nada de errado. Ambas as posições complicavam ainda mais a situação do réu, pois o inquisidor concluía que ela estava mentindo, se recusando a colaborar com Inquisição. Como já vimos acima, isso era um delito grave, que dava ao inquisidor o direito de torturar o réu para forçá-lo a cooperar.

Quanto à tortura, há alguns apontamentos interessantes. Em primeiro lugar, qualquer um, em tese, podia ser torturado.[84] Não importa se velho ou jovem,[85] homem ou mulher, doente ou não. Todos estão sujeitos a sofrer a tortura, seja como veredicto, quando se aplica a tortura como suplício,[86] ou como forma de se extrair a verdade do réu, ou da testemunha. Mas claro que não se tortura a todos igualmente, a posição social e o status do réu entram no cálculo da tortura,[87] definindo se deve mesmo haver tortura, e, em caso afirmativo, em que quantidade e de que tipo. Remetendo-nos novamente a noção de que a Inquisição era, também, um instrumento político, e, como tal, não poderia atacar àqueles que apoiavam, ou ameaçavam individualmente e de fato, o poder político dominante.

Quanto mais frágeis as provas, maior a necessidade da tortura.[88] Que tinha como única função obter a confissão,[89] porém os próprios inquisidores admitiam a frequente ineficácia da tortura como fonte válida de informação: "[se] o Juiz verdadeiramente acreditar que ela esteja negando a verdade, que proceda

82. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. Op. cit., p. 208.

83. TURBERVILLE, Arthur Stanley. Op. cit., p. 73.

84. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. Op. cit., p. 55.

85. TURBERVILLE, Arthur Stanley. Op. cit., p. 80.

86. "O corpo supliciado se insere em primeiro lugar no cerimonial judiciário que deve trazer à luz a verdade do crime" (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 32. ed. Petrópolis: Vozes, [2006?]. p. 32). Tanto que era comum o réu confessar seus crimes antes de ser supliciado, ao menos isso devia fazer parte do ritual intentado pelos executores e ideólogos dessas práticas.

87. DE LA PEÑA. In: EYMERICH, Nicolau. Op. cit., p. 210.

88. TURBERVILLE, Arthur Stanley. Op. cit., p. 76.

89. KAMEN, Henry. Op. cit., p. 225.

ao interrogatório mas sem derramamento de sangue; sabendo que tal interrogatório será falacioso e muitas vezes, como já se disse, ineficaz"[90] – mas isso não os impedia de utilizá-la. Daí a afirmação de Kamen de que a tortura não era admitida como fonte válida de prova.[91]

Na prática, porém, a tortura não era utilizada na maioria dos casos, ao menos não durante a Inquisição espanhola. Como nos mostra Kamen: "o tribunal de Toledo, no período de 1575 a 1610, das pessoas que em virtude de ofensas estavam sujeitas à tortura somente 32 por cento foram realmente torturadas" (KAMEN, 1966, p. 217). Essa cifra não de forma alguma insignificante, daí a impropriedade do termo "somente", mas desmistifica, ao menos um pouco, a imagem da Inquisição espanhola como uma máquina incessante de torturar.

Durante o interrogatório havia uma série de outras práticas adotadas pelo Tribunal que tentarei expor agora. Em primeiro lugar, se o réu se contradizesse durante sua fala, ele era automaticamente considerado forte suspeito de heresia.[92] Porém, o que delimita se o réu se contradisse, ou não, é o julgamento extremamente subjetivo, e de tendência fortemente punitivo-repressora, do inquisidor.[93] Logo, mesmo que não haja uma contradição de fato, o Inquisidor pode ler uma contradição nos atos do interrogado. Um exemplo claro disso, porém que não se refere à Inquisição, está no livro *Observações sobre a tortura*, de Pietro Verri, onde o juiz diz ter se contradito o réu, quando no fundo ele não entendeu a pergunta da forma que o juiz queria e respondeu o que achava que o juiz queria dizer. O juiz entendeu que ele se contradizia, logo, pesou sobre ele ainda mais a suspeita do Tribunal.[94]

Além disso, é permitido ao inquisidor mentir ao réu para obter informações. Ensina-nos Eymerich que "a mentira que se prega judicialmente, em benefício do direito, do bem comum e da razão, é absolutamente louvável" (EYMERICH, 1993, p. 119). Noção que pode nos parecer estranha, mas que é aceita em alguns

90. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. Op. cit., p. 431.

91. KAMEN, Henry. Op. cit., p. 188.

92. EYMERICH, Nicolau. Op. cit., p. 80.

93. O mesmo fenômeno pode ser visualizado na Justiça de hoje, na qual o subjetivismo do juiz pode sacar conclusões à revelia das manifestações concretas dos acusados, como na consideração de alguns magistrados de que o silêncio do acusado é possível indício de culpabilidade, mesmo tendo a Carta Constitucional claramente vedado este tipo de presunção *in malam partem*.

94. VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 59-60.

países, como nos Estados Unidos da América, como forma legítima de se obter uma confissão. Nota-se, porém, que o inquisidor não podia prometer algo que não pudesse cumprir, como a absolvição através da confissão, mas podia mentir quantos às testemunhas, dizer que toda a família do réu estava contra ele.

No mesmo livro citado acima, o *Manual dos inquisidores*, descrevem-se uma série de táticas utilizadas pelos hereges para se evadir das perguntas dos tribunais, enganando o inquisidor, e depois como driblar essa artimanha herética.[95] Porém, algumas das respostas consideradas dissimuladas são exatamente as respostas que se esperaria de um católico piedoso, porém o autor diz que no fundo o réu quer sempre dizer outra coisa diversa daquilo que aparenta ter dito, pois sempre se pressupõe que ele é culpado, afinal, senão tivesse uma parcela de culpa não teria chegado a ser acusado, ninguém teria suspeitado dele. Isso faz com que qualquer resposta dada pelo réu tenha seu enunciado distorcido pelo inquisidor para que se possa realizar o suposto fim último daquele Tribunal, a purgação dos pecados e a purificação da alma.

A seguinte passagem do livro *O processo* de Franz Kafka ilustra bem esses recurso utilizado pelo inquisidor:

"– Mas, não sou culpado – replicou K. – Trata-se de um engano. Como poderia ser culpado um ser humano? Todos somos aqui homens, tanto uns como os outros.

– É certo – disse o sacerdote –; mas precisamente assim é como costumam falar os culpados" (KAFKA, 2001, p. 237).

No livro de Sprenger e Kramer encontramos uma outra série de práticas e precauções a serem adotadas pelo inquisidor e pelos oficiais quanto às bruxas. O primeiro caso é o do choro. As bruxas não são capazes de chorar, visto ser esse um dos "(...) principais dons concedidos ao penitente (...) não há dúvida de que estejam desagradando o demônio [ao chorar], e que ele usa de todos os seus poderes para contê-las, para impedir que a bruxa por fim atinja o estado de penitência.

Mas poderia objetar-se que é possível que convenha à astúcia do demônio, com a permissão de Deus, permitir que uma bruxa chore; já que o luto, as tramas e os engodos chorosos são notoriamente próprios das mulheres" (KRAMER; SPRENGER, 1997, p. 435).

Ou seja, se não chorar é bruxa, se chorar é uma bruxa tentando se passar por mulher penitente, graças às artimanhas do demônio.

95. Idem, p. 119.

Além disso, os autores inquisidores dizem que as bruxas possuem todo um sortimento de rituais e segredos para que não confessar. Dons concedidos pelo diabo para que elas não abjurem, impedindo a realização efetiva da justiça divina.[96] Para tentar evitar essas práticas, Kramer e Sprenger ordenam que a bruxa deve ser levada nua até o inquisidor e que, antes disso, ela tenha todos os seus pelos raspados, "até mesmo nas partes mais secretas do corpo, cujo nome não nos atrevemos a mencionar" (KRAMER; SPRENGER, 1997, p. 437). Aqui remeto a discussão anteriormente analisada sobre o caráter sexualmente perverso e tarado do processo inquisitorial, produto, em parte, de uma sexualidade profundamente reprimida e de uma atração mórbida pelo corpo feminino.

O poder das bruxas era tal que não devia ser permitido a elas o ordálio, pois o demônio as daria forças para resistir à provação e teriam que ser absolvidas.[97] Na prática, essa postura foi adotada para tentar impedir ao máximo as chances de absolvição das acusadas, ela já entrava no processo condenada e assim deveria permanecer até o fim.

Uma inovação curiosa da Inquisição espanhola, além do promotor, é a figura do defensor, algo que não existia nos tribunais seculares. Esse defensor era, de maneira geral, indicado pelo próprio tribunal, e não devia aceitar o caso a não ser que o considerasse justo. Na prática, raramente havia um defensor, pois, caso perdesse o caso, teria apoiado um herege, o que deixava o defensor em uma posição, no mínimo, complicada. Nesse momento, o defensor não é propriamente um jurista, mas sim um profundo conhecedor da dogmática católica, assim como do Direito Canônico.

Já a figura do conselheiro, também criada na Inquisição espanhola, era mais comum nos tribunais. Ele devia dar sugestões ao réu sobre como proceder frente à acusação e aos processos e práticas inquisitoriais, porém esses conselhos eram dados na presença do inquisidor. Portanto, serviam muito mais para tentar convencer o réu a se incriminar logo, para agilizar o processo, do que para de fato tentar ajudá-lo.

Ambas as figuras, o inquisidor e o conselheiro, embora pudessem parecer inovações interessantes no âmbito do processo inquisitorial, pois se pensa, à princípio, que eles deviam estar do lado do acusado, acabam por ser, somente, diferentes formas de legitimar o poder e as decisões do inquisidor, assim como para agilizar o processo.

96. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. Op. cit., p. 438.

97. Idem, p. 447.

Por último, analisemos as punições empregadas pela Inquisição. Segundo Turberville, o flagelo público era a pena mais comum.[98] Kamen nos traz um quadro extraído dos anais da Inquisição Espanhola que nos dá uma visão mais ampla da questão:

Distribuição das punições na Inquisição espanhola

| Punições | 1575-1610 | 1648-1794 |
|---|---|---|
| Reconciliação | 207 | 445 |
| Sanbenito | 186 | 183 |
| Confisco | 185 | 417 |
| Encarceramento | 175 | 243 |
| Exílio da localidade | 167 | 566 |
| Flagelação | 133 | 92 |
| Galés | 91 | 98 |
| Entrega à autoridade secular | 15 | 8 |
| Entrega à efígie | 18 | 63 |
| Reprimenda | 56 | 467 |
| Absolvições | 51 | 6 |
| Encerrados e suspensos | 128 | 104 |

Fonte: KAMEN, 1966, p. 231.

Podemos fazer alguns comentários sobre esses dados. O flagelo público era a pena física mais comum, mas não chegava nem perto dos castigos mais comuns, como exílio, o confisco[99] e a reconciliação. As galés, punição que não existia nos tribunais medievais, consistiam em uma forma de trabalho forçado, providenciado uma mão de obra barata à Coroa, mas sem apelar à escravidão.

98. TURBERVILLE, Arthur Stanley. Op. cit., p. 84.

99. Reforça-se aí a função de geração de renda que a Inquisição tinha para a Coroa e para a própria Igreja.

O encarceramento devia ser perpétuo, ao menos é o que nos diz Eymerich em seu livro.[100] Porém, na prática, a Igreja tinha pouco interesse em manter alguém perpetuamente preso, gastando recursos e sem trazer nenhum retorno a ela. Portanto, surgiam sentenças estapafúrdias, como a "prisão perpétua por um ano", em dos exemplos trazidos pelo livro se Kamen.[101]

A morte pela fogueira aparecia em uma minoria dos casos desse período. Curiosamente, não aparece o nome morte, ou execução na tabela. Isso porque não era o Tribunal eclesiástico quem queimava os pecadores, eles eram gentilmente entregues ao "braço secular" para que ele punisse o herege da forma que achasse mais adequada, que, no caso, era sempre a fogueira. Daí o nome "entrega à autoridade secular" presente na tabela. Destarte, a Igreja tentava se eximir da responsabilidade pelas mortes, dizendo não ser ela o executor, mas sim as forças seculares do Estado. Porém, o inquisidor sabia muito bem a que fim estava sentenciando o condenado quando o sentenciava a ser "entregue à autoridade secular". Seria o mesmo que um juiz nos dias de hoje dizer que o sistema penitenciário não é de sua responsabilidade, seu papel é somente aplicar a lei. Se a prisão está em péssimas condições, e ele está mandando um ser humano para condições sub-humanas de existência, ele nada tem a ver com isso, é um problema do Poder Executivo e de suas práticas e políticas.[102] Não é de se estranhar que muitos juízes nossos utilizem esse mesmo argumento adotado pelos inquisidores medievais.

A respeito destas modalidades de punição, é importante notar que, segundo Rusche e Kirchheimer, toda forma de punição está necessariamente inserida e é parte decorrente e integrante de determinada estrutura social e econômica,[103] pois: "O sistema penal de uma da sociedade não é um fenômeno isolado sujeito apenas às suas leis especiais. É parte de todo o sistema social, e compartilha suas aspirações e defeitos." (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 282). Assim, da mesma forma em que na obra de Rusche e Kirchheimer estes afirmam que a "fiança evolui de uma compensação à parte prejudicada para um meio de enriquecimento de juízes e oficiais de justiça" (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 34),

100. EYMERICH, Nicolau. Op. cit., p. 41.

101. KAMEN, Henry. Op. cit., p. 233.

102. No DVD do filme *Justiça*, de Maria Augusta Ramos, mais especificamente no DVD de extras, a então Juíza Fátima Maria Clemente afirma que não se poderia considerar a situação do cárcere para o qual esta mandando aqueles que condena, pois esta é questão da Administração Penitenciária, e não preocupação do magistrado.

103. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., p. 20.

os confisco da Inquisição, como já visto, serviram para enriquecer os cofres da Igreja e dos Estados-nação em surgimento.

Diferente da prática era o discurso dos teóricos da Inquisição. Para eles toda a bruxa devia ser morta. A melhor maneira de se prevenir contra as bruxas é matá-las todas.[104] Além disso, todo reincidente devia ser enviado ao braço secular,[105] ou seja, devia ser condenado à morte.[106]

"A Igreja não perdoa o penitente relapso por uma razão muito clara: reincidir é confessar que não houve conversão sincera (...). É, portanto, absolutamente justo que a Igreja considere os relapsos como inúteis, sempre infectados de heresia e, por isso, dignos de ser definitivamente expulsos e entregues ao braço secular" (DE LA PEÑA. In: EYMERICH, 1993, p. 233).

Já vemos aqui a noção do crime como uma doença, que pode se impregnar no indivíduo e dele não mais sair. O delinquente passa a ser visto como uma doença social, que deve ser eliminada para que não contamine o resto do corpo social. Essa noção, evidentemente que muito melhor e mais precisamente desenvolvida, estará presente, por exemplo, nos discursos de criminólogos positivistas que lutavam pela "defesa da sociedade".

Finalizando, para a Inquisição o interrogatório era uma forma de reverter o pecado.[107] O objetivo do processo inquisitorial não era o castigo, a punição, mas a salvação da alma.[108] O delito tem um caráter subjetivo, visto que o indivíduo é herege, pois tem algo de errado no seu espírito. O herege é perigoso, para si e para a sociedade.[109] Daí a necessidade da Igreja intervir para salvá-lo. O que se quer é uma espécie de ressocialização do réu, a purgação, expiação do pecado, a eliminação da sua periculosidade. Com esse discurso, buscava-se legimitar a Inquisição e as suas práticas, tentando convencer até mesmo ao condenado de que aquilo, a punição, era o melhor para a sociedade, mas, acima de tudo, para ele próprio.[110]

---

104. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. Op. cit., p. 322.

105. EYMERICH, Nicolau. Op. cit., p. 83.

106. Idem, p. 48.

107. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 1, p. 393.

108. KAMEN, Henry. Op. cit., p. 82.

109. Está presente aqui uma noção incipiente do conceito de periculosidade.

110. Na sociedade brasileira atual, podemos assistir a um discurso semelhante, como na inserção da ressocialização como um dos fins da pena de acordo com o nosso ordenamento jurídico, como no caso do art. 1.º da Lei de Execução Penal.

## 5. CONCLUSÃO

Ao longo desse trabalho, espero ter consigo apontar as principais características do discurso punitivo da Inquisição, mostrando possíveis aproximações em relação a alguns dos discursos presentes na sociedade atual, assim como de outros momentos históricos e apresentando uma visão panorâmica sobre a Inquisição enquanto acontecimento histórico, mas também indicando quando determinadas práticas ou discursos traziam pressupostos ou resultados muitas vezes mascarados.

A Inquisição foi e é um momento histórico extremamente importante, tanto para a política, quanto para as "ciências" criminais, quanto para outros saberes e discursos. Ali surgiram, ou ao menos se desenvolveram ou reproduziram, uma série de práticas, discursos e saberes que veremos repetidos sob outra roupagem ao longo dos séculos seguintes.

Não podemos nos ater à noção ultrapassada de que a história é um processo evolutivo. Pelo contrário, se buscou ao longo deste trabalhar corroborar a posição de Foucault de que nenhuma historiografia que se apoia na ideia de que há uma lógica crescente e cumulativa que conduz o ser humano a um estágio mais avançado e racional é capaz de explicar adequadamente a História.

A posição hegeliana da história como uma evolução do *Zeitgeist*, o espírito do tempo histórico, através do progresso da razão do Homem é falaciosa. Nos dizeres de Nietzsche: "Em algum remoto rincão do universo cintilante que se derrama em um sem-número de sistemas solares, havia uma vez um astro, em que animais inteligentes inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais soberbo e mais mentiroso da 'história universal'" (NIETZSCHE, 1999, p. 53).

Assim, a Inquisição não foi um fenômeno histórico datado que já superamos, mas produção de certa racionalidade que ainda está operante nas sociedades contemporâneas ocidentais.

Esta crítica está presente, por exemplo, na obra de Zaffaroni, onde ele afirma que uma visão evolucionista sobre a história da lei penal é equivocada[111] e questiona se a publicização do Direito Penal pode ser de fato considerada uma racionalização.[112]

Para nós, aqui, não há racionalização. O que há são diferentes racionalidades que vão surgindo ao longo do tempo, sem significar um progresso da razão, mas, sim, uma mudança de paradigma.

---

111. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Op. cit., p. 383.

112. Idem, p. 500-501.

Não podemos relegar a herança discursiva que recebemos da Inquisição, assim como tentamos fazer com muitas das práticas passadas que pareçam manchar nossa incólume genealogia. Uma frase de Nietzsche retrata bem essa questão: "Procura-se despertar o sentimento soberania do homem mostrando seu nascimento divino: isto agora se tornou um caminho proibido; pois no seu limiar está o macaco" (NIETZSCHE apud FOUCAULT, 2001, p. 18).

Não é escondendo nossas raízes autoritárias que as ultrapassamos, mas, pelo contrário, é tomando ciência destas e evidenciado este viés opressor que ainda marca as nossas instituições jurídicas que podemos esperar compatibilizar as nossas práticas e teorias com as exigências da sociedade democrática e livre que ainda, até o momento, apenas habita o mundo das fábulas e mitos teóricos.

No século passado, o pai da psicanálise nos disse que aquilo que esquecemos – ou melhor, que se esconde na nossa percepção desperta no inconsciente – estamos fadados a repetir. Este trabalho espera ter contribuído para a sessão de análise que nossa sociedade deve a si mesma.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


BAKHTIN, Mikahil. *Problemas da poética em Doistoievsky*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne. *História da filosofia cristã*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

CARROLL, Lewis. *Alice: edição comentada*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

DERRIDA, Jacques. *Limited inc*. Campinas: Papirus, 1991.

EYMERICH, Nicolau. *Manual do inquisidor*. 2. ed. rev. e ampl. por Francisco de La Peña. Prefácio por Leonardo Boff. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

_____. *Microfísica do poder*. 16. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

_____. *Vigiar e punir*. 32. ed. Petrópolis: Vozes, [2006?].

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GINZBURG, Carlo. *Mitos, emblemas, sinais*. 2. ed. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

KAFKA, Franz. *O processo*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

KAMEN, Henry. *A Inquisição na Espanha*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966.

_____. *The spanish inquisition: a historical revision*. New Haven: Yale University Press, 1998.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Introdução histórica por Rose Marie Muraro. Prefácio por Carlos Byington. 12. ed. Rio de Janeiro: Record/Rosa dos Tempos, 1997.

LEA, Henry Charles. *A history of the inquisition of Spain*. Londres: MacMillian Company, 1906.

MACNAUGHTON, Ian (prod.). *The Complete Monty Phyton's Flying Circus*. Estados Unidos da América: A&E Entertainment, 2000. vol. 5.

NIETZSCHE, Friedrich. Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral. In: _____. *Obras incompletas*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

PALMA, Ricardo. *Anais da Inquisição em Lima*. São Paulo: Edusp/Giordano, 1992.

RAMOS, Maria Augusta (dir.). *Justiça*. Brasil: Vídeo Filmes, 2005.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

TURBERVILLE, Arthur Stanley. *La inquisición española*. 2. ed. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 1950.

VAINFAS, Ronaldo. *Trópicos dos pecados: moral, sexualidade e Inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

WODAK, Ruth; MEYER, Michael. *Methods of critical discourse analysis*. Londres: Sage, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. vol. 1.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 1.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A punição à feitiçaria como paradigma de um direito penal irracionalista: obscurantismo e arbítrio no pré-iluminismo, de Luciano Anderson de Souza – *RBCCRim* 79/281;
- Linhas gerais do processo canônico, de Marcelo Batlouni Mendroni – *RePro* 135/71;
- Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial, de Salo de Carvalho – *RCP* 2/229; e
- Sistemas processuais penais, de Cristiano Álvares Valladares do Lago – *RT* 774/441.

60959

# 1 IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE?

*A non-prescriptive nature of crimes against humanity?*

**VINÍCIUS ABDALA**

Especialista e Mestrando em Ciências Criminais pela Universidade de Lisboa. Advogado.

**ÁREA DO DIREITO:** Penal

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo discutir e questionar, de forma crítica, o instituto da imprescritibilidade no que concerne aos crimes contra a humanidade. Assim, a grande questão não é a gravidade dos crimes de massa e sua imprescritibilidade, mas sim se esta imprescritibilidade será um fator de pacificação social ou simplesmente mero instrumento de retribuição e proliferação de vingança.

**PALAVRAS-CHAVE:** Imprescritibilidade - Crimes de massa - Prescrição - Funções da pena.

**ABSTRACT:** The goal of this article is to discuss and question in a critical manner the non-prescriptive institution in relation to the crimes against humanity. Thus, the major issue is not the gravity of the mass crimes and its non-prescriptive nature, but whether the non-prescriptive nature may be a factor of social pacification or simply just an instrument of vengeance proliferation and retribution.

**KEYWORDS:** Imprescriptibility - Mass crimes - Prescription - Functions of punishment.

SUMÁRIO: 1. Introdução - Parte I: 2. Análise básica e conceito do instituto da prescrição: 2.1 Fundamentos: 2.1.1 Teoria do esquecimento; 2.1.2 Teoria da expiação moral; 2.1.3 Teoria da emenda; 2.1.4 Teoria da analogia civilista; 2.1.5 Teoria da prova; 2.1.6 Nosso entendimento - 3. O instituto da imprescritibilidade: 3.1 Fundamentos: 3.1.1 Processuais; 3.1.2 Materiais - 4. O Tribunal Penal Internacional e a imprescritibilidade: 4.1 Aparente antinomia entre o Estatuto de Roma e a Constituição brasileira no que se refere ao instituto da imprescritibilidade - Parte II: 5. Breve análise das funções da pena como "tentativa" de justificação

para a imprescritibilidade: 5.1 A pena como caráter retributivo; 5.2 A pena como caráter preventivo: 5.3 A teoria mista ou unificadora da pena – Parte III: 6. A diferença entre vingança e justiça para Ricoeur – 7. A representação do "perdão" frente à imprescritibilidade dos crimes de massa – 8. Considerações finais – 9. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea – também considerada como uma sociedade de riscos – é responsável pela imersão social em um estado de pânico constante e ativo, no qual surge ou prolifera o entendimento da negação da individualidade do ser humano em detrimento do bem-estar social. O principal problema é que em meio a esse caos o único denominador comum a que chegamos é que o futuro de nossa sociedade pode ser detonado pelas constantes incertezas oriundas de uma falsa percepção de segurança momentânea. É justamente neste contexto que se faz necessário questionarmos a imprescritibilidade dos crimes de massa.

Para tanto, subdividiremos o artigo em três partes. Na primeira, faremos a abordagem conceitual do instituto da prescrição bem como das teorias fundamentadoras de tal conceito, vez que, a partir desta análise, poderemos fazer um estudo comparativo com o instituto da imprescritibilidade, adentrando, também, em seus fundamentos justificadores tanto de ordem processual, quanto de ordem material. Acreditamos que seguindo este caminho, estaremos alertando o autor não somente para a relevância do tema, mas também para a origem da imprescritibilidade em si.

Após estas definições, mas ainda na primeira parte do relatório, estudaremos de forma descritiva a imprescritibilidade presente no Tribunal Penal Internacional e a confrontaremos com a imprescritibilidade presente no ordenamento jurídico brasileiro; tentando discutir a suposta antinomia oriunda do confronto entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal Brasileira.

Na segunda parte tentaremos, através do estudo das funções e finalidades da pena, desmistificar a principal justificativa para a existência da imprescritibilidade, qual seja, a necessidade de punição como forma de apaziguamento social, demonstrando, dessa forma, que a imprescritibilidade tem suas raízes, primordialmente, no caráter retributivo da pena.

Na terceira e última parte, ousaremos fazer um estudo interdisciplinar entre a filosofia e o Direito, por acreditarmos que aquela pode contribuir, e muito, para o aprimoramento do entendimento do Direito enquanto ciência. Para tanto, analisaremos a diferença entre vingança e justiça bem como o conceito de perdão, com a finalidade de traçar uma nova linha de raciocínio científico para a discussão da imprescritibilidade dos crimes de massa.

Importante salientar, contudo, que mais importante que o estudo crítico da imprescritibilidade dos crimes de massa, é conseguirmos contextualizá-la à realidade humana, sempre tendo em vista que o crime, em si mesmo, é uma construção do homem enquanto ser social.[1]

## PARTE I

## 2. ANÁLISE BÁSICA E CONCEITO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

O vocábulo prescrição provém do latim *praescriptio*, do verbo *praescribere*, que se compõe de "prae" e "scribere", cujo significado é escrever antes ou no começo.[2] Em linhas gerais, tem como finalidade harmonizar a incidência da pena ao interesse social presente na punição, mutável pela passagem do tempo.

Importante destacar que esta causa de extinção de punibilidade apresenta índole política, vez que as causas de extinção de punibilidade permitem ponderar se, ao interesse da sociedade, ajustam-se a incidência, o afastamento ou a minoração da pena.[3]

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, a prescrição é a perda do direito de punir do Estado pelo não exercício em determinado lapso temporal.[4] Talvez um conceito mais elaborado seria considerarmos que durante a elaboração das leis a prescrição é renúncia genérica e abstrata do Estado ao direito de punir vinculada ao tempo. Após seu reconhecimento em lei, a prescrição passa para a perda do direito de punir face ao seu não exercício durante o tempo prefixado.[5]

De forma sintética e apenas a título de curiosidade acadêmica, mencionaremos as duas formas de prescrição existentes, quais sejam: a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória. A primeira trata da prescrição antes de transitar em julgado a sentença condenatória. Já a preten-

1. Para um estudo mais detalhado, ver: HENTIG, Hans Von. *Criminología: causas y condiciones del delito*. Trad. Diego Abad de Santillán. Buenos Aires: Ataleya, 1948. p. 231 e ss.
2. Cf. TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004. p. 29.
3. Necessário se faz que deixemos claro que o que prescreve não é o crime ou a pena e sim a pretensão punitiva ou executória do Estado em virtude de um fato delitivo cometido.
4. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 491.
5. Cf. MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. vol. III, p. 403-404.

são executória é aquela que começa a ser computada somente após do trânsito em julgado da sentença condenatória.[6]

Desta maneira, podemos salientar, simplificadamente, que a marca de delimitação entre a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado da sentença condenatória.

### *2.1 Fundamentos*

Existem várias teses fundamentando a necessidade da prescrição em vários ordenamentos jurídicos. A partir de agora tentaremos traçar, de forma compacta e de fácil entendimento, os conceitos de algumas delas, senão vejamos:[7]

#### *2.1.1 Teoria do esquecimento*

Baseia-se no fato de que após o decurso de determinado tempo, que sofre variações de acordo com a gravidade do delito, o crime é esquecido pela sociedade não restando, portanto, motivos que justifiquem a punição. Em outros termos, mudando-se o enquadramento histórico e temporal, a pena seria imposta e enquadrada sobre os olhos de uma geração para qual o drama do delito nada mais é que um fato histórico.

Na prática, a teoria do esquecimento prega a desnecessidade do mal da pena (conceito retributivo) bem como da exemplaridade (conceito preventivo geral da pena), deixando de lado, contudo, de mencionar a "ressocialização do delinquente" como finalidade da pena.

#### *2.1.2 Teoria da expiação moral*

A presente teoria funda-se no entendimento segundo o qual durante todo o decurso do tempo posterior ao cometimento da prática delituosa, o criminoso sofre a tormentosa expectativa de ser, a qualquer tempo, descoberto, processado e punido. Daí porque, isso, por si só, já seria considerado uma pena, sendo

---

6. Para uma análise mais científica e detalhada das espécies de prescrição, ver: CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: 2007. vol. 1, p. 574-591; ver também TONELLO, Luiz Carlos Avansi. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. Cuiabá: Janina, 2008. p. 541 e ss.

7. Para maiores detalhes, ver: TRIPPO, Maria Regina. Op. cit., p. 47- 54. Ver também: NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 107-108 e TONELLO, Luiz Carlos Avansi. Op. cit., p. 540.

desnecessária a aplicação de outra. Caso isso acontecesse estaríamos diante de uma situação não aceita pelo direito, qual seja *o bis in idem*.

Como críticas poderíamos mencionar que nem todos os criminosos se arrependem do crime a tal ponto de sofrerem "uma pena antecipada" advinda com o arrependimento, bem como não podemos aplicar este raciocínio aos crimes de pequeno porte em que não se verifica inquietude psíquica do acusado.

### *2.1.3 Teoria da emenda*

Fundamenta-se na ideia de que o decurso do tempo quando traz a regeneração social, comprovada pelo não cometimento de novos crimes, faz com que a pena não tenha nenhuma finalidade sobre este autor. Em outras palavras, seria como se o Estado durante um determinado tempo, mesmo que involuntariamente, tivesse feito uma experiência com o criminoso, que resultou positiva; concluindo-se deste modo que lhe enviar ao cárcere seria uma medida inútil.

Esta corrente argumentativa ganha relevância tendo em visto o atual sistema prisional, que em muitos casos tem servido, primordialmente, como uma escola de crime.

Como desdobramento da teoria da emenda, podemos citar a *teoria psicológica*, segundo a qual o decurso do tempo muda a estrutura psíquica do culpado e abre uma enorme lacuna entre a pessoa que cometeu o crime e a nova pessoa após um decurso razoável de tempo; diante da qual a pena perde seu valor e finalidade, devendo ser afastada.

### *2.1.4 Teoria da analogia civilista*

Este tipo de prescrição, também denominado de usucapião, importando analogicamente as bases do direito civil, funda-se na ideia de que após algum tempo de inércia ou não uso de atividade repressivo por parte do Estado (previamente fixado em lei), o usucapiente adquire direitos que sobrepõem aos do titular de um direito real. Em outras palavras, o lapso de tempo transcorrido sem nenhuma punição faz com que o usucapiente adquira direitos que até então não lhe eram devidos.[8]

Importante salientar que tal teoria foi uma das primeiras utilizadas, quando a prescrição começou a ser discutida no âmbito penal.

---

8. Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. vol. IV, p. 122 e ss.

### *2.1.5 Teoria da prova*

Funda-se em um argumento eminentemente processual, baseando-se na afirmação de que, após um lapso temporal, com a dispersão das provas não existiria mais a segurança probante, o que acarretaria possíveis erros judiciais.

De um lado, tendo como principal meio de prova as testemunhas, a referida teoria afirma que a mente humana com o passar dos anos pode levar ao esquecimento acontecimentos passados ou mesmo corrói a lembrança existente. Por outro, funda-se em garantias processuais como o *in dubio pro reu*, devido processo, ampla defesa e contraditório, vez que "quanto maior a distância dos fatos, mais difícil fica à promotoria e ao réu (em regra, sem recursos) de comprovarem suas teses e refutarem os argumentos opostos".[9]

Ocorre, entretanto, que existem várias objeções sobre a referida teoria: primeiro, que não serve para a prescrição da pretensão executória, pois a partir da decisão condenatória não mais se fala em provas. Segundo, não serve para explicar a diversidade dos prazos prescricionais, já que estes não guardam correlação com o tempo de duração das provas.[10]

### *2.1.6 Nosso entendimento*

De acordo com o acima mencionado, acreditamos que não há que se falar em fundamento mais ou menos adequado para a justificação da prescrição. O que estamos tentando afirmar, sem muitas pretensões, é que o instituto da prescrição pode se justificar se acoplarmos todos os fundamentos acima expostos. Ou seja, é da junção dos mesmos que teremos uma maior consistência argumentativa para a utilização da prescrição.

Embasados no ordenamento jurídico brasileiro, perceberemos a presença de várias teorias. A título exemplificativo citaremos duas, quais sejam, a teoria psicológica e a teoria do esquecimento. Esta, presente no art. 109 do CP, vez que os prazos são maiores para crimes tidos como mais graves; bem como nos incs. I a V do art. 117 do CP, haja vista que a lei arrola atos que relembram a memória dos fatos criminosos; aquela, embutida no art. 115 do CP e a teoria da emenda no art. 110, *caput* e inc. IV do art. 117, ambos do CP, quando consagrados efeitos negativos da reincidência.[11]

---

9. Cf. TRIPPO, Maria Regina. Op. cit., p. 54.
10. Idem, p. 53.
11. Para maiores detalhes, ver: NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit.

## 3. O INSTITUTO DA IMPRESCRITIBILIDADE

O termo imprescritibilidade pode ser conceituado de duas maneiras, ou em dois níveis. Em termos gerais, seria o que não está sujeito à prescrição ou o que não pode prescrever; já em matéria penal poderia ser a inidoneidade ou ineficácia do decurso sobre o *jus puniendi* (cujo detentor é o Estado). Assim, crime imprescritível seria aquele cuja sanção é perene, podendo o Estado punir a qualquer tempo.

### *3.1 Fundamentos*

Os fundamentos que justificam a imprescritibilidade podem ser tanto de ordem processual (baseiam-se na conveniência de que a ação penal ou a execução da pena não apresentam limites temporais), quanto de ordem material (sustentando a contínua necessidade de punição).

#### *3.1.1 Processuais*

Como fundamentos processuais temos os *obstáculos aos órgãos acusatórios*, bem como a *dispensa dos atos executórios da pena*. No que se refere aos primeiros, também conceituados de relativos ou quase imprescritibilidade, já que a imprescritibilidade pode ocorrer mesmo não estando prevista. Em termos mais simples, funciona como causas de suspensão da prescrição; suspensão que pode perdurar anos e nunca cessar, causando indiretamente o que denominamos de imprescritibilidade às avessas.

Como exemplos do que acima dito, poderíamos citar a Lei 515/1898, que proíbe a prescrição do crime de moeda falsa desde que o réu esteja no estrangeiro, e a Lei 262/1841, que nega a prescrição a crimes inafiançáveis se o réu estiver em lugar desconhecido.

Importante mencionarmos que neste ponto do artigo poderíamos novamente fazer alusão à teoria da prova como argumento desestruturante do presente fundamento, haja vista que um lapso temporal muito grande aumentaria o risco do surgimento de graves erros nas decisões judiciais.

No que tange à dispensa dos fatos executórios da pena, tal entendimento assemelha-se ao anterior por negar a prescrição com base em fundamentos processuais. Em outros termos, seria o mesmo que afirmar que "a imprescritibilidade surge quando não mais se faz necessário os atos materiais para a concretização da pena".[12]

12. Cf. TRIPPO, Maria Regina. Op. cit., p. 59.

Exemplo do que acima dito, foi o que aconteceu com as penas acessórias implantadas com o Código Penal brasileiro de 1940, segundo o qual o prazo prescricional somente se referia à pena principal, tendo em vista que as penas acessórias atuariam geralmente tempos depois do crime, cuja execução seria melhor garantida pela imprescritibilidade.[13]

Em nosso entendimento, a diferenciação entre penas acessórias e principais quanto ao instituto da prescrição não fazia sentido, pois desconsideraria que ambas eram oriundas de um mesmo fato criminoso, possuindo o mesmo fundamento de punição.[14] Felizmente com a reforma de 1984, essa discussão perdeu seu fundamento de validade, pois as penas acessórias foram caracterizadas tão somente como efeitos da condenação.

### *3.1.2 Materiais*

Neste ponto, mister salientarmos uma subdivisão dos fundamentos materiais em *absolutos* – ou aqueles que definitivamente negam a prescrição – e *relativos* – aqueles que aceitam a prescrição apenas sob um dado ângulo.

Dentre os absolutos temos a autoridade Estatal e o dogma da punição do delito. Este apresenta de modo incontestável e como tradução de justiça absoluta o preceito segundo o qual a todo delito corresponde uma pena. Motivo mais que justificador para que a prescrição não seja aceita ou, explicando de forma mais direta, a prescrição para esta corrente era considerada como antijurídica.

Colidindo com o referido entendimento, as teorias preventivas[15] chamaram a atenção para o fato de que a finalidade da pena não estaria em si mesma e sim na sociedade a quem compete mensurar sua necessidade ou desnecessidade.

Justamente nesta linha de raciocínio, Von Liszt afirma que a incidência da pena, após o crime, não é regra absoluta, pois o mais importante é a realização de seus fins práticos e não, simplesmente, a aplicação da pena como subjunção do crime praticado.[16]

---

13. Neste sentido, ver: BASILEU, Garcia. *Instituições e direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1959. t. II, p. 700-701.

14. Referido entendimento pode ser encontrado de uma forma mais clara em: CARVALHO FILHO, Aluísio de. *Comentários ao Código Penal brasileiro. Arts. 102 a 120*. Rio de Janeiro: Forense, 1944. vol. IV, p. 375.

15. Sobre as teorias preventivas da pena, ver: Parte II, subitem 5.2 de nosso trabalho.

16. Ver: LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1899. t. I, p. 477 e ss.

Já o fundamento baseado na autoridade estatal, muito difundido durante a Idade Média, é aquele segundo a qual para o rei não existe tempo para se punir infratores. Em outros termos, a preocupação com a preservação dos regimes absolutistas fazia com que o instituto da prescrição nem fosse cogitado, vez que este limitava, de certa forma, o poder estatal.

Como principais defensores, poderíamos citar Bentham e Carrara. Este, considerando a imprescritibilidade medida correta em caso de evasão de cárcere. Aquele, afirmando que a prescrição é um prêmio à desobediência, um poderoso incitamento à fuga.[17]

Já os fundamentos processuais materiais relativos, também possuem uma subdivisão, qual seja: permanência da periculosidade social e perpetuidade da memória dos fatos. Este tem como pressuposto a afirmação segundo a qual crimes considerados como alarmantes nunca seriam esquecidos ou apagados da memória social; motivo pelo qual o direito penal deveria intervir com a imprescritibilidade. Em outras palavras, somente a intervenção severa do direito penal faria com que a sociedade conseguisse reequilibrar seus sentimentos outrora abalados.

O referido entendimento reflete o mais antigo pensamento sobre o tema, consagrado entre os romanos, que davam como imprescritíveis a apostasia, a heresia, a lesa-majestade e o parricídio devido aos riscos que apresentavam aos pilares sociais.[18]

Como expoente teórico podemos citar Beccaria, que em sua obra *Dos delitos e das penas*, assume o entendimento de que há uma divisão bem clara entre crimes menores e crimes atrozes. Para ele, os atrozes seriam aqueles nunca esquecidos pela humanidade e, portanto, passíveis de serem punidos independentemente do tempo passado após o seu cometimento, ou seja, imprescritíveis. Já os crimes menores não poderiam figurar como imprescritíveis, pois aqui "a prescrição teria como objetivo por um fim a obscuridade e incerteza do direito e o abandono do indivíduo a sua própria sorte".[19]

De forma expressa na atualidade, entre os doutrinadores italianos, podemos mencionar Maggiore que, analogicamente, ao comentar as infrações punidas com pena de morte e de prisão perpétua, escreve que tais delitos deixam na memória dos homens uma recordação tão terrível que não se dissipa o alarme social.[20]

---

17. Para maiores detalhes, ver: DRUMOND, João da Costa Lima. *Estudos de direito criminal*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1898. p. 65-67.
18. Cf. TRIPPO, Maria Regina. Op. cit., p. 62.
19. Cf. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
20. MAGGIORE apud TRIPPO, Maria Regina. Op. cit., p. 62.

Para os adeptos de tal corrente da permanência da periculosidade social, tendo como exemplo a Escola Positivista Italiana, a justificativa de prescrição não residia na qualidade do crime, da pena ou nos seus efeitos sobre a ordem social, mas tão somente na classe do delinquente (nato, louco, habitual, ocasional ou passional), que era o critério para aferição da periculosidade. Desta forma a prescrição só era cabível se ausente a temeridade; caso contrário, figurava-se a imprescritibilidade.

Talvez o principal problema estaria justamente na ideia de "perpetuidade da periculosidade"[21] já que esta serviria para mascarar a arbitrariedade de certos regimes totalitários; como foi o exemplo da Rússia Soviética cujo Código Penal de 1926 deixava a critérios dos juízes (presos à ideologia estatal) a decisão sobre a prescrição. Prescrição esta que não se referia ao fato e sim à periculosidade dos agentes que o praticaram; significando o poio à ampla imprescritibilidade.

## 4. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A IMPRESCRITIBILIDADE

Neste ponto, pretendemos fazer uma abordagem geral do Tribunal Penal Internacional bem como dos crimes que lhe compete julgar, para, logo em seguida, vislumbrarmos a característica alvo de nosso artigo, qual seja, a imprescritibilidade.

O Tribunal Penal Internacional[22] foi instituído pelo Estatuto de Roma,[23] aprovado em 17.07.1998 com entrada em vigor somente em 01.07.2002, após ter obtido 60 ratificações em 11.04.2002.[24-25]

---

21. Corroborando tal entendimento, podemos mencionar Enrico Ferri para o qual a prescrição, embasada no decurso do tempo, é um instituto do Direito Civil e não do Direito Penal, motivo pelo qual em seu Projeto de CP Italiano de 1921, o art. 120 aumentava da metade o prazo de prescrição se o agente fosse delinquente habitual e de 1/3 se fosse reincidente; ou Garofalo, quando afiirma que "excluem-se da prescrição todos os delinquentes que pela sua conduta anterior hajam confirmado o diagnóstico da incorrigibilidade".

22. Para um estudo mais aprofundado sobre o TPI, ver: VELASCO, Manuel Díez de. *Las organizaciones internacionales*. 15. ed. Madri: Tecnos, 2008. p. 446-454.

23. Para uma análise mais detalhada do estatuto e de seu processo negocial, ver: ESCARAMEIA, Paula. *O direito internacional público nos princípios do século XXI*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 225-239.

24. O texto integral do Estatuto de Roma com tradução oficial em língua portuguesa encontra-se em: *Diário da República*. 1.ª Série A. n. 15. 18.01.2002.

25. Talvez a maior demora na obtenção das ratificações necessárias para a entrada em vigor do referido tribunal esteja no fato de que a vinculação de um Estado não pode ser feita com nenhuma reserva, cf. art. 120 do ERTPI.

De acordo com o art. 1.º do referido Estatuto, o Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, e será complementar[26] às jurisdições penais nacionais.

Para além disso, o Estatuto afirma em seu art. 5.º que é competente para julgar os crimes mais graves: crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.[27]

Contudo, o ponto primordial no que tange a nossa linha de pesquisa figura-se no art. 29 do referido Estatuto, segundo o qual "Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem". Assim o sendo, todos os quatro tipos penais especificados acima, independentemente do momento de seu cometimento, sempre poderão ser punidos pelo Tribunal Penal Internacional sem restrição de nenhum lapso temporal.

### *4.1 Aparente antinomia entre o Estatuto de Roma e a Constituição brasileira no que se refere ao instituto da imprescritibilidade*

A matéria da imprescritibilidade dos crimes previsto do Estatuto de Roma poderia gerar uma incompatibilidade se comparado à Constituição Brasileira. A matéria é designada de inconstitucionalidade intrínseca dos tratados internacionais. Tal ato ocorre, quando, apesar de respeitados todos os trâmites internos para a validação do tratado internacional, este não está totalmente compatível com a legislação interna, o que de forma alguma pode ser confundido com a inconstitucionalidade extrínseca ou ratificação imperfeita.[28]

Diferentemente do que prescreve o art. 29.º do Estatuto de Roma, no Brasil a imprescritibilidade só é prevista – constitucionalmente – para os crimes

26. Sobre o princípio da complementaridade no Estatuto de Roma, ver: BRITO, Wladimir. *Direito internacional público*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 618-620.

27. Por entendermos que fugiríamos do nosso foco de pesquisa e tendo sempre em mente que estamos diante de um relatório com limitadas páginas, apenas citamos os crimes cujo Tribunal Penal Internacional tem competência para julgamento. Para um aprofundamento teórico e detalhado sobre os referidos crimes, ver: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 751 e ss; Ver também: ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. *Os crimes contra a humanidade no atual direito internacional penal*. Coimbra: Almedina, 2009.

28. Para um aprofundamento sobre o assunto, ver: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. 2. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004. p. 247-252.

de racismo (art. 5.º, XLII, da CF/1988) e associação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5.º, XLIV, da CF/1988).

Assim o sendo, a principal questão a ser respondida seria como compatibilizar o Tribunal Penal Internacional à legislação interna brasileira quanto ao quesito imprescritibilidade. Antes disso e já iniciando o caminho para tal resposta, mister se faz observar que o Brasil assinou o Estatuto de Roma em 07.02.2000 e o ratificou em 20.06.2002. Ratificação esta que não apresentou cláusula de reserva, figurada como exigência do próprio Estatuto.[29]

De acordo com Felipe Machado Caldeira, a imprescritibilidade dos crimes previstos no Tribunal Penal Internacional só será admitida no Brasil caso guardem correlação com os crimes previstos constitucionalmente como sendo imprescritíveis, quais sejam: o racismo e a associação de grupos armados. O referido autor cita como exemplo um genocídio com intenção de destruir um grupo racial.[30]

Outra linha interpretativa, com a qual comungamos, é a utilizada pelo STF, afirmando que os tratados internacionais têm vigência no Brasil com valor supralegal, ou – em outras palavras – acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição. Ocorre, entretanto, que a Emenda Constitucional 45/2004 modificou este panorama ao introduzir no art. 5.º o § 3.º ("Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais") e o § 4.º ("O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão").[31]

Somando-se a isso, José Afonso da Silva classifica as normas introduzidas pela EC 45/2004 como normas de eficácia plena,[32] ou seja, que possuem apli-

29. Art. 120 do Estatuto de Roma: "Não são admitidas reservas a este Estatuto".

30. Cf. CALDEIRA, Felipe Machado. A conformação do Estatuto de Roma com a Constituição de 1988: a imprescritibilidade e os princípios do Estado Democrático de Direito e da segurança e estabilidade das relações jurídicas. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 17, n. 198.

31. Sobre o assunto, ver a tese do Ministro Gilmar Mendes (RE 466.343/SP), retirada do HC 90.172/SP, j. 05.06.2007 ratificada no julgamento ocorrido em 03.12.2008, conforme carta forense, marc. 2009. p. 8.

32. José Afonso da Silva divide as normas constitucionais no tocante a sua aplicabilidade em normas de eficácio plena, contida e limitada. Esta classificação foi adotada

cabilidade imediata, motivo pela qual não restam dúvidas de que a imprescritibilidade no ordenamento jurídico brasileiro não se restringe apenas aos crimes de racismo e associação de grupos armados, mas estende-se, também, aos crimes previstos no Estatuto de Roma, vez que o mesmo foi incorporado em nosso ordenamento jurídico com caráter constitucional.[33]

## PARTE II

### 5. BREVE ANÁLISE DAS FUNÇÕES DA PENA COMO "TENTATIVA" DE JUSTIFICAÇÃO PARA A IMPRESCRITIBILIDADE

O presente tópico se justifica pela necessidade de tentarmos encontrar, na análise das supostas funções da pena, alguns elementos que, em conexão, façam com que cheguemos à conclusão que a imprescritibilidade é um instituto plenamente aceitável. O que pretendemos demonstrar é o entendimento segundo o qual o instituto da imprescritibilidade pode e deve ser questionado mesmo tendo em vista sua previsibilidade perante os ordenamentos jurídicos.

Antes de mais nada, é importante que tenhamos em mente a distinção entre direito penal efetivo e puro exercício de poder. De acordo com Zaffaroni, a efetividade do Direito Penal é demonstrada por sua capacidade de desempenhar a função que lhe incumbe no atual estágio de nossa cultura. Assim o sendo, o Direito Penal será efetivo sempre que respeite a condição humana. Por outro lado, sempre que houver desrespeito e carência de tal condição, estaremos diante de um discrepante exercício de poder.[34]

Neste enquadramento, resta-nos indagar: a imprescritibilidade seria uma forma de efetividade do Direito Penal ou, pura e simplesmente, um mero exercício de poder?

---

pelo STF no *RT* 723/231. Para maiores detalhes sobre tal classificação, ver: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

33. Para um aprofundamento sobre a matéria ver: ROCHA, Joceli Scremin da. A conformação da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade à luz da Constituição da República Federativa do Brasil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª região*, vol. 21, n. 11, nov. 2009.

34. Para maiores detalhes, ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. 6. ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Ed., 2002. p. 296.

### *5.1 A pena como caráter retributivo*

Este talvez seja o mais antigo dos entendimentos para a caracterização da necessidade de punição. Nesta atmosfera, a pena "representa a imposição de um mal justo contra o mal injusto do crime, necessário para realizar justiça ou restabelecer o Direito".[35]

Fica nítido, desta forma, que a pena seria utilizado apenas como instrumento de vingança, ou, utilizando outra expressão, de retribuição como previsto na lei de Talião com a famosa frase "olho por olho, dente por dente".[36]

Como precursores da função retributiva da pena, podemos citar Kant e Hegel. Este, definindo o crime como negação do direito e a pena como negação da negação, ou negação do próprio direito. Aquele, defendendo a justiça retributiva como bem inviolável, um imperativo categórico segundo o qual todo aquele que mata, deve morrer.[37]

A principal crítica a essa função da pena ancora no argumento segundo o qual retribuir o mal (crime) com outro mal (pena) como método de compensação, pode ser qualquer outra coisa que não democrático e científico.[38]

### *5.2 A pena como caráter preventivo*

Mais que retribuir um mal causado, mister se faz prevenir que este mal não volte a acontecer, o que em outros termos significa dizer que "o crime não seria causa da pena, mas a ocasião para ser aplicada".[39] Em tese essa é a filosofia da função da pena enquanto método de prevenção.

Contudo, importante observar que tanto na função retributiva, quanto na função preventiva, a pena é considerada como um mal necessário. A diferença

---

35. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 455.

36. Para um estudo mais detalhado sobre a origem das penas, ver: PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Ed. RT, 1983.

37. Para uma visão sintética no que tange a função retributiva da pena na visão de Kant e Hagel, ver: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 1, p. 87-91. Também, SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2007. p. 457.

38. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., 2007. p. 457.

39. Cf. MIRABETE, Julio Fabbrine. *Manual de direito penal: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 245.

é "que nas teorias preventivas a necessidade não se fixa na ideia de realizar justiça, mas de inibir a prática de novos fatos delituosos".[40]

Nesta seara, a função preventiva pode ser subdividida em dois ramos, quais sejam: a prevenção geral e a prevenção especial. A tese da prevenção geral sustenta que o direito penal por meio da pena consegue manter a ordem e conter a violência social em níveis toleráveis, e que constituiria um mal maior a sua ausência. Assim, a norma ao proibir a prática de determinados atos reafirma o desvalor das condutas em um dado momento histórico, determinando a vontade do "sistema".[41]

Essa função da pena poderia ser subdividida em prevenção geral negativa e prevenção geral positiva, que não se excluem, mas se complementam.

A prevenção geral negativa teve como um de seus precursores Feuerbach,[42] que introduziu a teoria da "coação psicológica", entendendo a pena como uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstivessem de cometer delitos. Em outros termos, as pessoas seriam levadas a cumprir as normas com medo de sofrerem um mal (pena) que sua violação lhes causaria.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, caberia ao Estado assegurar aos indivíduos o exercício de seus direitos em segurança, e a melhor forma para tal seria a intimidação através das penas, vez que o homem racional poderia sopesar e chegar à conclusão que o mal advindo com a pena seria maior que o mal oriundo do não cometimento de um ato delituoso.

As críticas a esta função destacam a ineficácia do combate à criminalidade com penas abstratamente impostas. Nesta perspectiva, não seria simplesmente a gravidade da pena ou o rigor da execução penal que fariam com que um indivíduo deixasse de praticar um crime, mas sim a certeza de uma punição.[43]

A prevenção geral positiva, por sua vez, diferentemente do medo disseminado pela intimidação, possui como pressuposto a integração como melhor forma de prevenir delitos. O Direito Penal, então, teria "a missão de função pedagógi-

40. Ver: BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., 2009. p. 92.

41. O conceito de sistema penal pode ser entendido como o controle social punitivo institucionalizado, abarcando desde uma simples investigação até a imputação de uma pena. Para maiores detalhes, ver: Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 31.

42. Apud SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português: introdução e teoria da lei penal.* Lisboa: Verbo, 1997. vol. I, p. 36-37.

43. Ver: BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 73-75. Continua ainda o autor, um pouco à frente, a afirmar que "o fim da pena, portanto, não é outro senão o de impedir o réu de fazer novos danos aos seus cidadãos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo". Cf. p. 85.

ca, de orientação dos comportamentos, de reafirmação dos valores da própria moral social, no que for necessário para o desenvolvimento da comunidade".[44]

Já a prevenção especial dirige-se exclusivamente ao criminoso em particular, visando evitar que este volte a delinquir, sendo que a execução de tal política seria realizada em duas dimensões simultâneas: de um lado a neutralização ou inocuização do preso, impedindo que este pratique novos crimes durante a execução penal; e por outro lado, a correção-reinserção[45] ou ressocialização do criminoso realizada por equipe multidisciplinar formada por psicólogos, assistentes sociais, sociólogos dentre outros.[46]

De forma sintética, podemos afirmar, embasados em Bitencourt, que a prevenção especial não busca a intimidação de um grupo social, mas assegurar que aquele indivíduo específico não volte a delinquir. E é justamente por visar um "delinquente" em especial, e tendo em mente suas características pessoais de periculosidade no âmbito da referida prevenção, que se justifica o uso da terminologia medida em detrimento ao termo pena, já que este "implica a liberdade ou capacidade racional do indivíduo, partindo de um conceito geral de igualdade".[47]

Importante observarmos, contudo, que nem sempre um modelo de ressocialização imposto seria o mais correto ou ideal. Talvez seria plausível questionarmos se um indivíduo necessita ser reinserido na sociedade após o cometimento de um delito – será que ele sempre não esteve na mesma? Ou dita de outra forma: a reinserção social tem que, necessariamente, ser a consequência de uma pena constitucionalmente imposta?[48]

### *5.3 A teoria mista ou unificadora da pena*

Para essa teoria, a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são apenas ramificações do complexo instituto que é a pena.[49] Em outros termos,

---

44. Cf. SILVA, Germano Marques da. Op. cit., p. 39.
45. Importante debate seria até que ponto o Estado é o competente constitucionalmente para afirmar que um indivíduo necessitaria ser reinserido na sociedade, uma vez que poderia nunca ter saído da mesma.
46. Para maiores detalhes, ver: SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 459.
47. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 97.
48. Para uma discussão mais aprofundada, ver: PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Lisboa: Almedina, 2006. p. 122 e ss.
49. Para uma análise mais aprofundada, ver: MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982.

a pena representaria a junção, em maior ou menor grau, das três finalidades acima mencionadas.

Comparativamente seria possível aduzirmos que "essa tríplice função da pena poderia traduzir-se nos níveis de realização do Direito Penal: a prevenção geral corresponderia à cominação da pena ao tipo penal; a função retributiva à aplicação da sanção e a prevenção especial corresponderia à execução penal".[50]

Neste contexto, insere-se o ordenamento jurídico português e o brasileiro. O Código Penal brasileiro adota claramente esta teoria ao dispor em seu art. 59 que a pena será aplicada "(...) conforme seja necessário e suficiente para *reprovação e prevenção* do crime (...)". Em Portugal, por sua vez, tal teoria está presente no art. 40 quando o mesmo determina que a aplicação da pena visa a *proteção* de bens jurídicos e a *reintegração* do agente na sociedade.

## PARTE III

## 6. A DIFERENÇA ENTRE VINGANÇA E JUSTIÇA PARA RICOEUR

Após uma análise das finalidades da pena, acima demonstrada, e tentando compatibilizá-las com o instituto de imprescritibilidade, poderíamos chegar à conclusão de que tal instituto não se apoia em nenhuma das funções em separado.

O mais lógico e, ao mesmo tempo, crítico, seria entender a imprescritibilidade como sendo uma pena antecipada, vez que, depois de passados anos e anos, não teríamos motivo para falar em prevenção geral e muito menos prevenção especial, restando exclusivamente o caráter da retribuição. Caráter este que melhor se adéqua ao conceito de vingança que de prevenção propriamente dito.

Justamente tentando fazer uma diferenciação entre vingança e justiça, Ricoeur analisa uma trajetória tríade do crime e, consequentemenete, da pena; qual seja: "sanção-reabilitação-perdão". A sanção, mais que o direito dito em virtude do crime cometido, representa a punição de um ser racional e enquanto não for reconhecida como razoável pelo próprio sentenciado, não o atingirá racionalmente. A reabilitação, por sua vez, também chamada de pedagogia da pena, seria o mesmo que apagar as incapacidades, restabelecendo os direitos e dando ao condenado a oportunidade de retomar a capacidade de cidadão de pleno direito após o cumprimento da pena, colocando um fim à exclusão física e simbólica advinda do encarceramento. Já o perdão, na visão do referido autor, não pertence à ordem jurídica. Seria supra-jurídico e supra-ético na

50. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 465.

medida em que seria uma espécie de "cura da memória". Lembrando, sempre, que este somente pode ser dado pela vítima.[51]

Em linhas gerais, "enquanto a vingança faz curto-circuito entre dois sofrimentos, o suportado pela vítima e o infligido pelo julgador, o processo como representação da justiça interpõe-se entre os dois, instituindo a justa dinâmica a que se fez referência".[52]

O problema é que a dita "justa dinâmica" pode apenas representar uma extensão do sofrimento já presenciado e, assim o sendo, a imprescritibilidade, mais que a revitalização da memória a fatos ultrapassados, configuraria simplesmente como proliferação da vingança.

## 7. A REPRESENTAÇÃO DO "PERDÃO" FRENTE À IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE MASSA

No ponto anterior, salientamos que o vocábulo perdão não estaria no plano jurídico, vez que se refere a uma atitude presente com alusão a um fato futuro cometido, pois o perdão seria, ao mesmo tempo "a paralisação do poder de agir e a possível suspensão dessa capacidade existencial";[53] constituindo um horizonte comum da memória, da história e do esquecimento.

Contudo, antes de mais nada é importante, novamente de acordo com Ricoeur, que tenhamos em mente que o perdão possui um caminho a ser percorrido. Ou em outros termos, não podemos falar em perdão sem que antes exista uma conduta inaceitável praticada por alguém considerado culpado e passível de punição, o que faz com que tracemos uma linha entre a ação e seu agente quando a condenamos moral, política e juridicamente. Condenação que somente é possível se analisarmos, por um lado, o mal infligido a outrem; e por outro, a maldade íntima do criminoso. Justamente a partir dessa análise surge para a justiça penal a ideia do imprescritível.[54]

Desta forma, o imprescritível é associado, diretamente, ao imperdoável, à dívida infinita ou ao dano irreparável. Entretanto, esta associação não traz nenhum benefício à sociedade senão a alimentação do sentimento de

---

51. Cf. RICOEUR, Paul. Sanção, reabilitação, perdão. *Revista do Ministério Público*, ano 17, n. 66, p. 11-23.

52. Ver: Idem, p. 11.

53. Cf. RICOEUR, Paul. *A memória, a história e o esquecimento*. Trad. Alain François et al. Campinas/São Paulo: Unicamp, 2007. p. 465.

54. Idem, p. 471.

vingança, haja vista que "o tempo em si mesmo não é capaz de justificar nada",[55] a não ser a proliferação ou a perpetuação da vontade retribucionista do mal, exatamente o que acontece quando não há a prescrição para determinados crimes.

Em outro prisma, o sentido da ideia do perdão – entendido por Jankélévitch como sendo impalpável e controvertido[56] – não é erradicar a lembrança ou apagar os acontecimentos históricos, mas uma espécie de "cura da memória ou um processo de luto"[57] que leva, inexoravelmente, ao alívio adquirido com a perda do peso e faz com que a memória fique livre para novos projetos, já que uma memória que não procura a pacificação pode ser o maior mecanismo de sofrimento e tortura social.

Mas o perdão a que se faz referência neste tópico pode ser considerado como um perdão difícil, uma vez que, na maioria dos casos, tal sentimento não está associado única e exclusivamente à culpa do autor e sim à própria memória de quem irá perdoar, como se esse exercício fosse em prol da individualidade e não do coletivo social, confundindo-se, dessa forma, com o fim do ressentimento e início da complacência.[58]

Tal discussão faz-nos lembrar do sociólogo polonês Zygmunt Bauman, com sua interessante alusão do quão difícil é o exercício da tentativa de separação entre o perdão e o amor.[59] Segundo o autor, não existe perdão sem amor. O que de fato acontece é que nos tempos modernos cada vez mais o amor se transforma metaforicamente em líquido, escapando das mãos humanas que não o consegue reter devido a sua fluidez oriunda de falsas percepções da sociedade moderna, que, na maioria das vezes, não consegue vislumbrar a lembrança de crimes sem vinculá-las às penas correspondentes, presumindo ou gerando, com isso, a ilusão de que esse seja o único fator capaz de nutrir a pacificação social.[60]

---

55. Ver: JANKÉLÉVITCH, Vladimir. *El perdón*. Trad. Núñez Del Rincón. Barcelona: Seix Barral, 1999. p. 59.

56. Idem, p. 11.

57. Cf. RICOEUR, Paul. *Sanção, reabilitação, perdão*... cit., p. 23.

58. Cf. JANKÉLÉVITCH, Vladimir. Op. cit., p. 154-155.

59. Para um maiores detalhes, ver: ZYGMUNT, Bauman. *Amor líquido*. Trad. Carlos Alberto Jorge Medeiros. São Paulo: Ed. Jorge Zahar, 2004.

60. Para uma análise mais filosófica sobre o tema, ver: ARENDT, Hannah. *A condição humana*. São Paulo: Forense Universitária, 2010. Neste livro, a autora faz um retrospecto de toda a história do pensamento desde os gregos e romanos, tentando explicar a

De qualquer forma, segundo Jankélévitch, o perdão consegue carregar em si mesmo uma dimensão milagrosa, sendo capaz de instaurar uma atmosfera porvir, instaurar novas relações entre os homens e fundar uma nova vida de esperança, podendo surgir – novamente frisando – da exteriorização de tal sentimento uma era de paz.[61] Até porque, independentemente do tempo que falta ou que passou, ainda há vida no presente.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Toda e qualquer instituição suplementar destinada a obter segurança produz uma nova complicação do sistema que conduz, gerando, por sua vez, novas inseguranças. Talvez por esta razão, Castanheira Neves afirmou que estamos hoje vivendo não a "era de crise", mas o "excesso problemático do pós-crise",[62] e adentrando na era dos escombros propriamente ditos, na qual parece que vale tudo e de qualquer forma para tentar reconstruir o que a dita criminalidade de massa abalou.

Contudo, por entendermos que somente na estrutura do processo, como é natural nos Estados Democráticos, podemos operar uma cisão entre vingança e justiça tal como preconizado por Ricoeur, é que iremos concluir o presente artigo confrontando a imprescritibilidade frente a alguns princípios penais constitucionais.

Assim o sendo, não há que se falar em Estado Democrático de Direito quando o *slogan* da necessidade da pena a qualquer custo atropela ou afeta profundamente o valor liberdade. Liberdade esta que é totalmente massacrada quando não visualizamos ou não queremos perceber a prescrição como uma garantia processual imanente a qualquer indivíduo como ser livre detentor de direitos e deveres.

Exatamente por isso a dissolução do interesse social da pena acopla-se a razões de ordem processual-garantista para, de uma vez por todas, repelir a imprescritibilidade, uma vez que "as provas distantes da época dos fatos, são conduzidas em razão da falibilidade humana e má formação do juízo de

---

presença do homem no mundo e seu percurso em busca da liberdade como meio primordial de se conquistar a pacificação social.

61. Idem.

62. NEVES, António Castanheira. Pensar o direito num tempo de perplexidades. *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito: em comemoração do 70.º aniversário*. Coimbra: Almedina. 2009. p. 3-28.

culpabilidade";[63] fazendo-nos lembrar, de acordo com Foucault, que a ordem supostamente estabelecida nem sempre será sinônimo de segurança.[64]

Diante de todo o exposto, resta-nos apenas uma indagação: Será mesmo necessária a perpetuação do espetáculo punitivo do Direito Penal com seus instrumentos, em especial a imprescritibilidade, para que a memória não seja esquecida? Ou, simplesmente, a memória pode ser cultivada por outros meios como, por exemplo, os museus?

Partindo desta premissa, o ponto primordial é saber se realmente temos que dirigir nossas vidas guiadas pelo sentimento de vingança oriundo de acontecimentos passados. Porém, se escolhermos este caminho, correremos o risco de olhar para dentro de nós e encontrarmos apenas a vida desestruturada, disfarçada pela máscara de uma justiça que em sua essência é segregadora e utópica. Sinceramente, achamos que este não é o melhor caminho.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


ARENDT, Hannah. *A condição humana*. São Paulo: Forense Universitária, 2010.

ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. *Os crimes contra a humanidade no atual direito internacional penal*. Coimbra: Almedina, 2009.

BASTOS, João Pereira. Um caso de conflito de competências entre tribunais penais internacionais. *Galileu. Revista de Economia e Direito*. vol. VIII. n. 1. p. 7-18. Lisboa: UAL, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 1.

BRITO, Wladimir. *Direito internacional público*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

CALDEIRA, Felipe Machado. A conformação do Estatuto de Roma com a Constituição de 1988: A imprescritibilidade e os princípios do Estado Democrático de Direito e da segurança e estabilidade das relações jurídicas. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. ano. 17. n. 198. São Paulo: IBCCRIM, maio, 2009.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: 2007. vol. 1.


63. Para maiores detalhes, ver: MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal: prescrição funcionalista*. São Paulo: São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 155 e ss.

64. Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 25. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002.

CARVALHO FILHO, Aluísio Lopes de. *Comentários ao Código Penal brasileiro. Arts. 102 a 120.* Rio de Janeiro: Forense, 1944. vol. IV.

CORREIA, Carlos João. Ricoeur e as mitologias do mal. *Mal, símbolo e justiça: actas das jornadas internacionais realizadas nos dias 8 e 9 de dezembro de 2000.* Coimbra: Faculdade de Letras, 2001.

DELGADO, José Manuel A. de Pina. Obstáculos constitucionais à ratificação do Estatuto de Roma e (outros). Problema de consolidação do tribunal internacional penal: desenvolvimentos recentes, principalmente relativos à Cabo Verde. *Direito e Cidadania.* ano. VI. n. 19. p. 143-194. Cabo Verde: jan.-abr. 2004.

DIAS, Augusto da Silva. A "ilha justiceira" de Kant e a "sociedade sensível" de Beccaria. *Boletim da Delegação de Santarém da Ordem dos Advogados.* ano. II. p. 13-14. Santarém: Ordem dos Advogados, jan. 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1993. vol. IV.

DRUMOND, João da Costa Lima. *Estudos de direito criminal.* Rio de Janeiro: Laemmert, 1898.

ESCARAMEIA, Paula. *O direito internacional público nos princípios do século XXI.* Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Garantias. *Revista do Ministério Público.* ano. 22. n. 85. Lisboa: SMMP, jan.-mar. 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* 25. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCIA, Basileu. *Instituições e direito penal.* 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1959. t. II.

HENTIG, Hans Von. *Criminología: causas y condiciones del delito.* Trad. Diego Abad de Santillán. Buenos Aires: Ataleya, 1948.

JANKÉLÉVITCH, Vladimir. *El perdón.* Trad. Núñez Del Rincón. Barcelona: Seix Barral, 1999.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte geral.* Trad. Joaquim Coelho Contreras e José Luis Serrani Gonzales de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1995.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão.* Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1899. t. I.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal: prescrição funcionalista.* São Paulo: Ed. RT, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. vol. III.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969.* 2. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004.

_____. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

MIGUEL, João Manuel da Silva. TPI: Um paradigma de justiça penal internacional? *Justiça e Cidadania*. p. 6-7. 28.07.2002.

MIRABETE, Julio Fabbrine. *Manual de direito penal: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTA, José Luís Lopes da. Impunidade e direito à memória: a questão da imprescritibilidade dos crimes contra a paz e a humanidade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. *Revista do Ministério Público*. ano. 20. n. 78. p. 33-35. Lisboa: SMMP, 1999.

NEVES, António Castanheira. Pensar o direito num tempo de perplexidades. *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito: em comemoração do 70.º aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Lisboa: Almedina, 2006.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Ed. RT, 1983.

MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982.

RAMOS, Marcel Figueiredo. Da imprescritibilidade dos crimes do tribunal penal internacional – reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 36, 02.01.2007. Disponível em: [www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1607]. Acesso em: 07.06.2010.

RICOEUR, Paul. *A memória, a história e o esquecimento*. Trad. Alain François et al. Campinas/São Paulo: Unicamp, 2007.

_____. Sanção, reabilitação, perdão. *Revista do Ministério Público*. ano. 17. n. 66. p. 11-23. Lisboa: SMMP, abr.-jun. 1996.

ROCHA, Joceli Scremin da. A conformação da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade à luz da Constituição da República Federativa do Brasil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região*. vol. 21. n. 11. Belém: TRF-1.ª Reg., nov. 2009.

SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português: introdução e teoria da lei penal*. Lisboa: Verbo, 1997. vol. I.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Maria Luísa Portocarrero. Falibilidade, mal e testemunho em Ricoeur. *Mal, símbolo e justiça: actas das jornadas internacionais realizadas nos dias 8 e 9 de dezembro de 2000*. Coimbra: Faculdade de Letras, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

TONELLO, Luiz Carlos Avansi. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. Cuiabá: Janina, 2008.

TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004.

VELASCO, Manuel Díez de. *Las organizaciones internacionales*. 15. ed. Madri: Tecnos, 2008.

VINCENT, Gilberto. Um olhar doloroso sobre o direito penal. *Mal, símbolo e justiça: Actas das Jornadas Internacionais realizadas nos dias 8 e 9 de dezembro de 2000*. Coimbra: Faculdade de Letras, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. 6. ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Ed., 2002.

ZYGMUNT, Bauman. *Amor líquido*. Trad. Carlos Alberto Jorge Medeiros. São Paulo: Ed. Jorge Zahar, 2004.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- O Tribunal Penal Internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos direitos humanos no século XXI, de Valerio de Oliveira Mazzuoli – *RT* 830/421; e
- Tribunal Penal Internacional e expansão do direito penal, de Paulo César Busato – *RT* 809/421.

- Os crimes contra a humanidade e o problema da prescrição em face de um Código Penal Internacional, de Theodolindo Castiglione, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, organizada por Flávia Piovesan e Maria Garcia, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 6, p. 1009.

### Veja também Jurisprudência

- Crime atribuído à agente extraditando que apresenta correspondência típica na legislação brasileira. Existência de imprescritibilidade do delito no Estado requerente e o não sobrepujamento do termo prescricional no Estado requerido: *JRP\2011\3690*. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br]; e
- Tráfico de drogas praticado por estrangeiro e fluência do prazo temporal de acordo com a legislação dos dois países que extingue a punibilidade: *JRP\2011\4216*. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br].

# PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: COMENTÁRIO À DECISÃO DA 3.ª SEÇÃO CRIMINAL DO STJ NO EREsp 1.021.634

1

*Presumption of violence in cases of rape of a vulnerable person: A comment about the decision of the 3rd Criminal Section of STJ (*Superior Tribunal de Justiça – *Federal Superior Court of Appeals) at EREsp 1.021.634 (*Escritório de Representação do MRE no Estado de São Paulo – *The Ministry of Foreign Affairs' Office in the State of São Paulo).*

**ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA**

Professora Livre-Docente da USP.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Trata-se de análise de decisão do STJ sobre a presunção de violência contida no revogado art. 224 do CP, entendendo que tal presunção deve ceder nas hipóteses concretas em que reste demonstrada a ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal sexual – Estupro – Dignidade sexual – Intangibilidade sexual.

ABSTRACT: The article analyzes the decision of the Superior Court of Justice on the presumption of violence contained in the repealed art. 224 of the Brazilian criminal Code. The Court held that such a presumption must give way in cases in which concrete is demonstrated no offense to the object of protection.

KEYWORDS: Sexual criminal law – Rape – Sexual dignity – Sexual intangibility.

SUMÁRIO: A) Acórdão - B) Comentário.

## A) ACÓRDÃO

STJ - *EDiv em REsp 1.021.634/SP* - 3.ª Seção. - j. 23.11.2011 - m.v. - rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - *DJe* 23.03.2012 - Área do Direito: Penal.

**ESTUPRO – Vítima menor de 14 anos – Presunção absoluta de violência – Inadmissibilidade – Crianças de 12 e 13 anos que mantêm relações sexuais com adulto – Comportamento das menores, conhecidas como prostitutas, que não demonstra violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal – Violência presumida da redação do revogado art. 224, *a*, do CP que deve ser relativizada para a tipificação do delito, diante da análise de cada situação concreta – Absolvição que se impõe.**

*Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura.*
*Embargante: I. A. F. – advogados: Vitor Eduardo Tavares de Oliveira e outros.*
*Embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo.*

*Ementa: Penal e processo penal. Embargos de divergência em recurso especial. Estupro com violência presumida. Menor de 14 anos. Revogado art. 224, a, do CP. Presunção relativa. Divergência caracterizada. Embargos de divergência acolhidos. 1. A violência presumida prevista no revogado art. 224, a, do CP, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que demonstram a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado. 2. Embargos de divergência acolhidos.*

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da 3.ª Seção do STJ: Retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Min. Sebastião Reis Júnior acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Min. Gilson Dipp, acolhendo os embargos de divergência para considerar absoluta a presunção de violência, e o voto do Sr. Min. Marco Aurélio Bellizze, declarando-se apto a votar, acompanhando a relatora, e os votos dos Srs. Ministros Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJRS) e Adilson Vieira Macabu (desembargador convocado do TJRJ) no mesmo sentido, a Seção, por maioria, acolheu os embargos de divergência para considerar relativa a pre-

sunção de violência, nos termos do voto da Sra. Ministra relatora. Vencidos os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Marco Aurélio Bellizze, Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJRS) e Adilson Vieira Macabu (desembargador convocado do TJRJ) votaram com a Sra. Ministra relatora.

Vencidos os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Gilson Dipp e Laurita Vaz.

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Min. Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Jorge Mussi.

Brasília, 23 de novembro de 2011 (data do julgamento) – MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, relatora.

RELATÓRIO – *A Exma. Sra. Min. Maria Thereza de Assis Moura* (relatora): Trata-se de embargos de divergência interpostos por I. A. F., contra acórdão proferido pela Colenda 5.ª Turma deste STJ, assim ementado:

"Penal. Estupro contra menores de 14 (quatorze) anos. Conduta anterior à Lei 10.215/2009. Violência. Presunção absoluta. Relativização. Impossibilidade. Condição e consentimento das vítimas. Irrelevância. Ressalva do entendimento do relator. Recurso provido. 1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos é irrelevante para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no art. 224, *a*, do CP, ser considerada de natureza absoluta. 2. No caso, a experiência sexual da vítima e seu consentimento com o ato sexual, não afasta a ocorrência do crime. 3. *Ressalva do entendimento deste relator, no sentido de que tal presunção de violência é de natureza relativa.* 4. Recurso provido para reconhecer a natureza absoluta da presunção de violência e, assim, determinar que o Tribunal *a quo* prossiga no julgamento da apelação" (REsp 1.021.634/SP, 5.ª T., j. 14.09.2010, rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 04.10.2010).

Foi interposto, ainda, agravo regimental, o qual não foi conhecido, e foram opostos embargos de declaração, os quais restaram rejeitados. Confiram-se as ementas:

"Processo penal. Agravo regimental contra decisão colegiada. Descabimento. Erro grosseiro. Princípio da fungibilidade. Inaplicabilidade. Agravo não conhecido. 1. Segundo o art. 258 do RISTJ, somente é cabível o agravo regimental contra decisão monocrática. 2. A jurisprudência desta Corte Superior tem considerado erro grosseiro e inescusável a interposição de agravo regimental contra decisão colegiada, o que impede a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. 3. Agravo regimental não conhecido."

"Embargos de declaração. Omissão, contradição e obscuridade. Inexistência. Pretensão de rediscussão da matéria. Impossibilidade. Exame de princípios constitucionais. Não cabimento. Embargos rejeitados. 1. Nos limites estabelecidos pelo art. 619 do CPP, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição eventualmente existentes no julgado. 2. *In casu*, não existe vício a ser sanado, eis que da simples leitura do acórdão embarga-

do depreende-se que a matéria posta nos autos restou clara e explicitamente apreciada. 3. A pretensão de rejulgamento da causa, na via estreita dos declaratórios, mostra-se inadequada. 4. Descabe examinar, na via especial, suposta violação a princípios da Constituição Federal, haja vista que o exame de matéria constitucional, por este Tribunal, importaria usurpação da competência do STF 5. Embargos de declaração rejeitados."

Em suas razões, às f., aponta o embargante a existência de dissídio jurisprudencial com os seguintes julgados da E. 6.ª Turma: HC 88.664/GO, j. 23.06.2009, rel. Min. Og Fernandes, rel. p/ acórdão Min. Celso Limongi (desembargador convocado do TJSP), *DJe* 08.09.2009; REsp 637.361/SC, j. 01.06.2010, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 28.06.2010; REsp 804.999/SC, j. 10.11.2009, de minha relatoria, *DJe* 01.02.2010; REsp 494.792/SP, j. 02.02.2010, rel. Min. Celso Limongi (desembargador convocado do TJSP), *DJe* 22.02.2010); REsp 1.189.374/MS, 6.ª T., j. 16.12.2010, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 01.02.2011).

Afirma que está evidenciada a existência de entendimentos divergentes entre as Turmas da 3.ª Seção desta Corte, pois a 6.ª Turma tem entendido que a presunção de violência contida no revogado art. 224, *a*, do CP é relativa, e a 5.ª Turma tem defendido ser dita presunção absoluta. Alega, ainda, ter havido *abolitio criminis* e ter sido violado o princípio da isonomia, haja vista o Ministério Público não ter interposto recurso contra a absolvição de corréu. Requer, assim, sejam os presentes embargos admitidos e providos, para que prevaleça o entendimento da 6.ª Turma desta Corte.

Os embargos de divergência foram admitidos às f., com as seguintes ressalvas:

"De saída, importante esclarecer que não é possível conhecer dos embargos quanto ao acórdão de *habeas corpus* citado como paradigma, porquanto o art. 266 do RISTJ reza que os embargos de divergência objetivam uniformizar os julgados, em recurso especial, entre os órgãos fracionários deste Tribunal.

Com efeito, de acordo com o posicionamento pacificado nesta Corte, não se admite o manejo de embargos de divergência para comprovar eventual dissídio entre decisões tomadas quer em sede de *habeas corpus* como em recurso ordinário em *habeas corpus*. Ao ensejo: (...). Também não é possível se conhecer das alegações acerca da ocorrência de *abolitio criminis* ou de violação ao princípio da isonomia, pois o embargante não realizou o devido cotejo analítico, nem ao menos colacionou acórdãos paradigmas, deixando de demonstrar, assim, eventual divergência entre as Turmas da 3.ª Seção desta Corte Superior de Justiça quanto aos temas mencionados.

Contudo, no que concerne à natureza jurídica da presunção de violência prevista no revogado art. 224, *a*, do CP, verifica-se que, em princípio, está caracterizada a divergência jurisprudencial aventada.

Com efeito, enquanto o acórdão embargado entendeu que referida presunção é absoluta, os acórdãos paradigmas assentaram se tratar de presunção relativa."

O Ministério Público Federal apresentou impugnação às f.

É o relatório.

VOTO – *A Exma Sra. Min. Maria Thereza de Assis Moura* (relatora): Compulsando os autos, verifica-se que o embargante foi denunciado como incurso nas sanções do art. 213 combinado com os arts. 224, *a*, 225, § 1.º, I, e § 2.º, e 226, III, por seis vezes, na forma do art. 71, todos do CP, combinado com o art. 9.º da Lei 8.072/1990, em razão de ter mantido conjunção carnal com três menores, que à época tinham 12 anos de idade.

Em primeiro grau, o juiz o absolveu por atipicidade, com fundamento no art. 386, III, do CPP, concluindo que os crimes não se aperfeiçoaram porque as jovens tinham vida desregrada e consentiram no ato sexual. Em sede de apelação, o *Parquet* alegou que a presunção de violência é absoluta, não se podendo levar em consideração a condição pessoal das ofendidas, contudo, negou-se provimento ao recurso. Confiram-se trechos do acórdão:

"O Magistrado *a quo* tanto durante a instrução processual quanto no desfecho da lide demonstrou singular sensibilidade no exame do acervo probatório, em especial os depoimentos prestados por todos os envolvidos, réus, vítimas, pais e conselheiros tutelares da comarca, em contato pessoal e direto com o material coligido, e a conclusão abraçada, o afastamento da presunção de violência em relação às vítimas, menores de 14 anos, visto que 'nenhum pouco inscientes das coisas relativas ao sexo', é a solução que melhor se amolda ao caso vertente. A denúncia imputou ao ora apelante a prática reiterada de estupros (por seis vezes) e atentado violento ao pudor, em razão da violência presumida, visto que 'P.', 'A.' e 'S'. eram menores de 14 anos de idade à data dos fatos. (...). Inconteste a ocorrência dos atos sexuais praticados, mas o mesmo não se pode dizer quanto à existência de constrangimento (em qualquer de suas modalidade), visto que em momento algum houve o emprego de violência real ou grave ameaça para a consecução dos atos. *Para a configuração dos delitos sexuais em apreço, por presunção de violência em razão da idade da vítima, menor de 14 anos, faz-se necessário que o agente aproveite-se de sua inocência, ingenuidade nas coisas afeitas ao sexo, e usando desse ardil consiga a satisfação de sua lascívia. Tal não aconteceu no caso em apreço. Toda a prova coligida indica que as menores já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data*, basta atentar-se para seus depoimentos em juízo (...). A própria genitora de A., M. R., confirmou em juízo que sua filha lhe confidenciou que: 'quando enforcava aulas, ficava na praça com A., P. e S.', a fim de fazerem *programas com homens em troca de dinheiro* (...). Ora, sendo assim, não foram, pois, iludidas em sua ingenuidade, subjugadas em sua liberdade sexual. Ao contrário, como bem destacou a r. sentença, 'no presente caso, a prova trazida aos autos demonstra, fartamente que as vítimas, à época dos fatos, lamentavelmente, já estavam longe de serem inocentes, ingênuas, inconscientes e desinformadas a respeito do sexo'. *Embora imoral e reprovável a conduta praticada pelo réu, não restaram configurados os tipos penais pelos quais restou denunciado*" (f.).

Entretanto, nesta Corte Superior, a C. 5.ª Turma deu provimento ao recurso especial do Ministério Público, em acórdão de relatoria do Ministro Jorge Mussi, no qual, com ressalva do entendimento do relator, se reconheceu a natureza absoluta

da presunção de violência prevista na alínea *a* do revogado art. 224 do CP. Dessarte ingressou-se com os presentes embargos de divergência.

De saída, verifico que constam diversos julgados nesta Corte sobre o tema, constatando-se que há sim divergência de entendimento entre as Turmas da 3.ª Seção. De fato, a 5.ª Turma entende que a presunção de violência é absoluta e a 6.ª Turma entende ser relativa. Dessa forma, mostra-se patente o dissídio, sendo importante sua solução, com a finalidade de se pacificar a jurisprudência pátria.

Inicialmente, importante destacar que a discussão acerca da natureza da presunção de violência, se absoluta ou relativa, já foi levada à 3.ª Seção desta Corte algumas vezes, senão vejamos:

"Embargos de divergência em recurso especial. Penal. Crime contra liberdade sexual. Vítima menor de 14 anos. Violência presumida. Presunção de caráter absoluta. Embargos providos. 1. O art. 224 do CP prevê algumas circunstâncias, dentre as quais está inserida a menor de 14 anos, em que ainda não haja efetiva violência física ou real, esta será presumida, diante de uma certa restrição na capacidade da vítima de se posicionar em relação aos fatos de natureza sexual. 2. Estando tal proteção apoiada na *innocentia consilii* da vítima, que não pode ser entendida como mera ausência de conhecimento do ato sexual em si, mas sim como falta de maturidade psicoética de lidar com a vida sexual e suas consequências, eventual consentimento, ainda que existente, é desprovido de qualquer valor, possuindo a referida presunção caráter absoluto. Precedentes do STJ e STF. 3. O Ministério Público Federal manifesta-se pelo provimento dos embargos. 4. Embargos de Divergência providos". (EREsp 666.474/MG, 3.ª Seção, j. 10.09.2008, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 03.04.2009).

No julgamento acima citado, presidido pelo Min. Paulo Gallotti, a Seção, por maioria, acolheu os embargos de divergência, nos termos do voto do Min. Napoleão Nunes Maia Filho (relator), que foi acompanhado pelos Ministros Jane Silva (desembargadora convocada do TJMG), Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima. Fiquei vencida juntamente com os Ministros Jorge Mussi e Nilson Naves. Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Min. Felix Fischer. O Min. Og Fernandes não compunha a Seção à época da leitura do relatório.

Num segundo momento, a Seção deliberou nos seguintes termos:

"Embargos de divergência. Crime de estupro contra menor de 14 anos. Presunção de violência. Caráter absoluto. Consentimento do menor. Irrelevância. 1. A violência presumida, prevista no art. 224, *a*, do CP, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual do menor de 14 (catorze) anos, em razão de sua incapacidade volitiva. 2. O consentimento do menor de 14 (catorze) anos é irrelevante para a formação do tipo penal do estupro ou atentado violento ao pudor, pois a proibição legal é no sentido de coibir qualquer prática sexual com pessoa nessa faixa etária. 3. Uma vez que o crime foi praticado com violência presumida, descabe aplicar a agravante do art. 61, II, *h*, do CP, sob pena de indevido *bis in idem*, porque a menoridade da vítima é circunstância elementar do crime. Precedentes. 4. Embargos de divergência

acolhidos para, cassando o acórdão embargado, bem como o acórdão recorrido, restabelecer a sentença condenatória de primeiro grau, mas com a concessão de *habeas corpus*, de ofício, para excluir da pena imposta ao réu o aumento decorrente da agravante genérica, tornando-a definitiva em 6 (seis) anos de reclusão, em regime semiaberto". (EREsp 688.211/SC, 3.ª Seção, j. 08.10.2008, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 17.11.2008).

Neste outro julgamento, presidido também pelo Min. Paulo Gallotti, a Seção, por maioria, acolheu os embargos de divergência e concedeu *habeas corpus* de ofício, para excluir da pena imposta ao réu o aumento decorrente da agravante genérica, nos termos do voto da Min. Laurita Vaz (relatora), que foi acompanhada pelos Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes e Jane Silva (desembargadora convocada do TJMG), tendo ficado vencidos os Ministros Jorge Mussi e Nilson Naves. Ausentes, justificadamente, o Min. Felix Fischer e eu.

Por fim, em julgamento realizado em abril de 2010, a Seção mais uma vez deliberou sobre o tema em apreço, mantendo o entendimento dos acórdãos acima citados.

Veja-se a ementa:

"Penal. Embargos de divergência no recurso especial. Art. 214, c/c art. 224, alínea *a*, ambos do Código Penal. Presunção. Natureza. I – No atentado violento ao pudor com violência presumida, a norma impõe um dever geral de abstenção de manter conjunção carnal com jovens que não sejam maiores de 14 anos. II – O consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo, no caso, não têm relevância jurídico-penal (Precedentes do STF, da 3.ª Seção, e das 5.ª e 6.ª Turmas e do STJ). Embargos de divergência desprovidos". (EREsp 762.044/SP, 3.ª Seção, j. 14.12.2009, rel. Min. Nilson Naves, rel. p/ acórdão Min. Felix Fischer, *DJe* 14.04.2010).

Neste último julgamento, presidido pela Min. Laurita Vaz, a Seção, por maioria, rejeitou os embargos de divergência, nos termos do voto do Min. Felix Fischer (relator para acórdão), que foi acompanhado pelos Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes e Haroldo Rodrigues (desembargador convocado do TJCE). Fiquei vencida juntamente com os Ministros Nilson Naves (relator) e Celso Limongi (desembargador convocado do TJSP). Ausente, justificadamente, o Min. Jorge Mussi.

Assim, verifico que, ante a substancial modificação da composição desta 3.ª Seção, mister trazer novamente o tema à baila, razão pela qual passo a tecer minhas considerações acerca da matéria.

Conforme já externei no julgamento do REsp 430.615/MG, o tema relativo à natureza da presunção de violência nos crimes sexuais, por certo, é de grande valor, como cediço, porque envolve a liberdade sexual de pessoas cuja capacidade a lei considera incompleta. Aliás, abordar os transtornos da violência sexual já traz em si a reflexão de princípios básicos das sociedades humanas, imagine-se quando uma das partes envolvidas é menor de 14 anos.

Conquanto todas as preocupações encaminhem o magistrado a buscar a proteção do ente mais desfavorecido, não se pode, por outro lado, cerrar os olhos para situações especiais da vida humana que, de certo modo, dificultam o enquadramento típico no caso concreto. Não me parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado.

Vale ressaltar, neste ponto, que, no julgamento do HC 88.664/GO, de relatoria do Min. Celso Limongi (desembargador convocado do TJSP), a 6.ª Turma analisou a matéria sob diversos enfoques. Com efeito, refletiu-se acerca da relação amorosa vivida pela vítima e pelo réu, sobre a necessidade de não se tornar o direito estático, mormente se levado em consideração que a parte especial do Código Penal data de 1940. Na oportunidade, lembrou, ainda, o ilustre magistrado que as sociedades mudam e os conceitos e preconceitos de igual modo.

Destacou-se, ainda, a imprescindibilidade de se ter em mente todo o arcabouço normativo, compatibilizando-se o Código Penal com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que define como criança pessoa até 12 anos, e como adolescente aquela entre 12 e 18 anos, que, inclusive, pode ser responsabilizada por ato infracional com aplicação de medida socioeducativa. A propósito, cabe destacar do seu belo voto:

"Adianto que vou aceitar os fatos exatamente como o fizeram o nobre juiz de primeiro grau e o E. Tribunal goiano: o paciente, homem de mais de 30 anos de idade e casado, manteve relações sexuais com uma adolescente de menos de 14 anos de idade. Não discuto se tais relações sexuais ocorreram em 23 de novembro ou 23 de dezembro. Se elas ocorreram em 23 de dezembro, a adolescente contaria já com 14 anos de idade e o fato não seria típico. Mas, seja: consideramos que o contato sexual ocorreu em 23 de novembro e a menor contava 13 anos e onze meses de idade. Não discuto, igualmente, se era virgem ou se já haveria mantido relações sexuais com seu primeiro namorado, negado, obviamente, por este.

Nem igualmente está em discussão se a menor procurou beneficiar o namorado, trazendo falsos dados para arredar a tipicidade da conduta do paciente. O que me parece importante é que o paciente, mesmo casado, insistiu em entreter namoro com a menor, a ponto de pedir ao pai desta autorização para namorá-la. E, negada a autorização, não resistiu em levá-la a um motel, onde o casal se entregou às práticas sexuais. A conduta do paciente se subsumiu ao tipo descrito no art. 213 c/c o art. 224, *a*, ambos do CP? Por esse fato, merece o paciente a pena que lhe foi imposta, 6 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado? É essa pena objetivamente justa? O comportamento do paciente merece, sem dúvida, críticas. Com 32 anos de idade e chefe de família, não deveria assediar a menor. Há referências a ter sido preso anteriormente e não dedicar-se ao trabalho. São apenas referências. De qualquer modo, não estamos nem podemos examinar sua conduta do ponto de vista social, mas do direito penal. E, em seu favor, vimos que nutria afeto à vítima, tanto que buscou autorização dos pais desta para namorá-la. Não se pode deixar de consignar também que a própria menor aceitou o convite para ir

ao motel e manter relações sexuais. O ato foi consentido e aqui é que se enfrenta o maior problema: a lei penal não atribui validade ao consentimento de menor de 14 anos de idade para a prática de relações sexuais ou de atos libidinosos.

Em outras palavras, presume-se a violência contra menores com menos de 14 anos de idade. Caracteriza-se, por definição legal, o estupro, se houver conjunção carnal, ou o atentado violento ao pudor, se limita à prática de atos libidinosos distintos da conjunção carnal. Esse é o pensamento do legislador de 1940, ano em que nasceu o Código Penal brasileiro. Em primeiro lugar, faz-se necessário relembrar que o Direito não deve ser estático, mas, por força das vertiginosas transformações sociais, nem sempre consegue acompanhá-las. Por isso, o Direito erige-se tantas vezes em óbice ao desenvolvimento da sociedade. O chileno Eduardo Novoa Monreal escreveu monografia a propósito desse tema e já no preâmbulo anotou: '(...) a nota mais deprimente reside em que os preceitos, esquemas e princípios jurídicos em voga se vão convertendo, gradualmente, não apenas em um pesado lastro que freia o progresso social, quando não chega, muitas vezes, a levantar-se como um verdadeiro obstáculo para ele' (cf. *O Direito como obstáculo à transformação social*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 1988, p. 9). E, nesse aspecto, é inegável o valor da jurisprudência, pois esta comumente vem à frente do legislador e é para ele fonte de inspiração. Em tantos temas de direito privado, de direito público e de direito penal, as decisões do Judiciário foram dando interpretação às leis e culminaram por adiantar-se ao legislador e disciplinaram relações fáticas, para cujas soluções não havia lei expressa. O Judiciário viabilizava uma solução e, posteriormente, o legislador a encampava, transformando-a em lei.Parece claro que, quando se interpreta um Código Penal nascido em 1940, portanto, com 69 anos de idade, é preciso adequá-lo à realidade de hoje, levando em conta os valores da atualidade, para que as decisões sejam mais justas. O outro aspecto que merece destaque se prende a que, para a boa interpretação da lei, é necessário levar-se em consideração todo o arcabouço normativo, todo o ordenamento jurídico do País. A interpretação da lei não prescinde do conhecimento de todos os ramos do direito. Uma visão abrangente desse arcabouço facilita – e muito – o entendimento e a interpretação da lei. Assim, em tal linha de raciocínio, o Estatuto da Criança e do Adolescente precisa ser analisado, para enfrentar a questão posta nestes autos, a de se saber se o estupro e o atentado violento ao pudor por violência presumida se qualificam como crimes e, mais, como crimes hediondos. É necessário levar em conta o Estatuto da Criança e do Adolescente, porque, pelo art. 2.º desse Estatuto, o menor é considerado adolescente dos 12 aos 18 anos de idade, podendo até sofrer medidas socioeducativas. E, como lembra Carlos Antônio R. Ribeiro, 'se o menor a partir de 12 anos pode sofrer medidas socioeducativas, por ser considerado pelo legislador capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional, tido como delituoso, não se concebe, nos dias atuais, quando os meios de comunicação em massa adentram em todos os locais, em especial nos lares de quem quer que seja, com matérias alusivas ao sexo, que o menor de 12 a 14 anos não tenha capacidade de consentir validamente frente a um ato sexual' (cf. Violência presumida nos

crimes contra a liberdade sexual, *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*, vol. 5, n. 12, p. 216).

Imagine-se a hipótese de um jovem de 18 anos de idade que beije lascivamente sua namorada de 13 anos ou que com ela pratique alguns atos libidinosos não dos mais íntimos. Pela presunção de violência que o Código Penal de 1940 estabelece, pois a menor de 14 anos não dispõe de vontade válida, será esse jovem condenado a no mínimo 6 anos de reclusão! E o Código, ao presumir a violência por não dispor a vítima de vontade válida, está equiparando essa adolescente a uma pessoa portadora de alienação mental, o que, convenhamos, não é razoável. Isto, em pleno século XXI! A Constituição Federal importou do direito anglo-americano o princípio do devido processo legal na sua face substantiva, de modo que ela autoriza a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a permitir que o juiz hoje se inquiete com a injustiça da lei, a proporcionalidade dos encargos, a razoabilidade da lei, quando antes não era senão a voz da lei, o cego cumpridor da lei, o escravo da lei, um ser como que inanimado, como preconizava Montesquieu, preocupado, naquele contexto histórico em que viveu, com poder o magistrado interpretar a lei. Aliás, Manoel Gonçalves Ferreira Filho deixou assentado: 'Contudo, a Carta lhe (ao Judiciário) deu, mesmo nessa função típica, em certo distanciamento em relação a lei que não admitia a doutrina clássica. Com efeito, o texto importou o *due process of law* substantivo do direito anglo-americano (art. 5.°, LIV), afora o aspecto formal, de há muito presente em nosso sistema por meio dos princípios da ampla defesa, do contraditório etc., mantido no art. 5.°, LV, da CF.

Assim pode hoje o magistrado inquietar-se sobre a razoabilidade da lei, a proporcionalidade dos encargos que acarreta etc., quando antes não lhe cabia senão ser a voz da lei'. (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, p. 67). E, efetivamente, não se pode admitir no ordenamento jurídico uma contradição tão manifesta, a de punir o adolescente de 12 anos de idade, por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considerá-lo incapaz, tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal. Isto, quando já se sabe que o adolescente de hoje recebe muito mais informações sobre sexo do que o adolescente da década de 1940...".

Mostra-se relevante consignar, ademais, trecho da exposição de motivos do Código Penal de 1940, que fixou em 14 anos a idade para fins de se considerar a presunção de violência, a qual era de 16 anos no Diploma Repressivo de 1890, ao argumento de que:

"(...) com a redução do limite de idade da vítima, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja, a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso de adolescentes, é a *inocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa inciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de catorze anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem."

Conforme salientou Renato de Mello Jorge Silveira, "dificilmente nega-se o conhecimento das coisas do sexo aos jovens, ao menos em noções perfunctórias. Verdades absolutas não são passíveis de admissão". Ademais, registra que "a escolha aleatória de uma idade como marco fronteiriço entre a possibilidade de consenso e a presunção de violência é algo por demais arbitrário, nunca podendo ser tido de forma absoluta" (*Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 219).

Destaque-se que o direito não é estático, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais, ponderando-as, inclusive e principalmente, no caso em debate, pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais encontradas em um país de dimensões continentais.

Com efeito, sobram críticas a respeito da fixação da idade de 14 anos, por tratar-se de critério subjetivo, "baseado no que se presume ser o desenvolvimento mental das pessoas nessa faixa etária. Como nem todos os indivíduos se desenvolvem da mesma maneira e como os fatores pessoais e culturais, dos costumes e do tempo, étnicos e mesológicos, determinam variações relevantes, nem sempre o limite legal estará adequado" (PRUDENTE, Neemias Moretti, Considerações críticas acerca das disposições gerais relativas aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, vol. 1, n. 1, p. 79, Porto Alegre, Síntese, 2000).

Elucidativa, ainda, a lição do saudoso Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, que se manifestou sobre o tema nos seguintes termos:

"O direito pune conforme o comportamento. Impossível, por isso, sancionar ação não praticada. Uma coisa é estuprar, ou atentar contra o pudor; outra, e no âmbito penal, absolutamente distinta, punir por presunção, ainda que definida em lei. A história rompe as incoerências. A vida prática foi trazendo para os tribunais situações que, amoldadas ao texto legislativo, conduziriam à injustiça revoltante. É sabido, empurradas por condições sociais e econômicas adversas, muitas jovens convivem em ambientes de prostituição. (...). Antes da idade mencionada no CP, entregam-se à vida sexual, mediante retribuição. Pois bem, alguém que houvesse mantido relação, de uma hora para outra, era surpreendido com denúncias e, tantas vezes, condenado nas sanções dos arts. 213 ou 214. O argumento central era a idade da jovem. Ela, contudo, consentira, colocara-se no ambiente de oferecimento, tinha ciência do significado de sua conduta. Todavia, e aqui o absurdo, paulatinamente impugnado, de atribuir violência ao agente, ou seja, era punido como que houvesse constrangido a moça, mediante violência ou grave ameaça. Absoluto descompasso entre a vida e o direito" (Estupro: violência presumida, *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, n. 228, ano XLIV, p. 44-45, out. 1996).

Dessarte, entendo que a decisão proferida pelo Tribunal *a quo* deve ser mantida, haja vista ter levado em consideração as peculiaridades do caso concreto, às quais os julgados desta Corte têm dado relevante atenção para fins de se configurar a presunção de violência. Com efeito, não se pode considerar crime fato que não

tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado, *in casu*, a liberdade sexual, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam há algum tempo.

Dessa forma, considero que a presunção de violência prevista no revogado art. 224, *a*, do CP, deve ser considerada de natureza relativa, conforme assentado nos julgados proferidos pela 6.ª Turma desta E. Corte. Ao ensejo, confiram-se os seguintes precedentes:

"Crime contra a liberdade sexual (estupro). Menor de 14 anos (presunção de violência relativa). Consentimento válido da menor (relevância). 1. É missão fundamental do Penal tutelar bens jurídicos, todavia a sua intervenção depende de efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem tutelado pela norma. Não há responsabilidade penal por ato de outrem, tampouco por ato inexistente. 2. Reputa-se relativa a violência presumida disposta no inciso [*sic*] *a* do art. 224 do CP. 3. O principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade há de ser a proteção contra o abuso e contra a violência sexual de homem ou mulher, e não contra atos sexuais que se baseiem em vontade livre e consciente. 4. No caso, o consentimento não viciado e o livre convencimento da menor de 14 anos para a prática da conjunção carnal com o namorado elidem a tipificação do crime de estupro. 5. Recurso do qual se conheceu pelo dissídio, mas ao qual se negou provimento" (REsp 542.324/BA, 6.ª T., j. 09.12.2005, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, rel. p/ acórdão Min. Nilson Naves, *DJe* 14.04.2008).

"Estupro mediante violência presumida. Vítima com 13 anos e 11 meses de idade. Interpretação abrangente de todo o arcabouço jurídico, incluindo o ECA. Menor a partir dos 12 anos pode sofrer medidas socioeducativas. *Habeas corpus* como instrumento idôneo para desconstituir sentença condenatória. Descaracterização da violência e, pois, do estupro. Ordem concedida. 1. *Se o ECA aplica medidas socioeducativas a menores a partir dos 12 anos, não se concebe que menor com 13 anos seja protegida com a presunção de violência.* 2. *Habeas corpus* em que os fatos imputados sejam incontroversos é remédio hábil a desconstituir sentença condenatória. 3. Ordem concedida" (HC 88.664/GO, 6.ª T., j. 23.06.2009, rel. Min. Og Fernandes, rel. p/ acórdão Min. Celso Limongi (desembargador convocado do TJSP), *DJe* 08.09.2009).

"Recurso especial. Penal. Estupro. Absolvição. Pretendida reforma. Inviabilidade. Violência presumida. Conduta anterior à Lei 12.015/2009. Relativização. Possibilidade diante das peculiaridades da causa. 1. *O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da 6.ª Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, a, do CP (hoje revogado pela Lei 12.015/2009), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de quatorze e maior de doze anos de idade.* Precedentes. 2. O Tribunal de origem, ao preservar o *decisum* absolutório de primeiro grau, fundou suas razões no fato de que a vítima, então com 13 anos de idade, mantinha um envolvimento amoroso de aproximadamente 2 meses com o acusado. Asseverou-se que a menor fugiu espontaneamente da casa dos pais para residir com o denunciado, ocasião em que teria consentido com os atos praticados,

afirmando em suas declarações que pretendia, inclusive, casar-se com o réu. 3. Acrescentou a Corte de origem, que a menor em nenhum momento demonstrou ter sido ludibriada pelo réu, bem como não teria a inocência necessária nos moldes a caracterizar a hipótese prevista na alínea *a* do art. 224 do CP. 4. Diante da inexistência de comprovação de que tenha havido violência por parte do réu, plausível o afastamento da alegação de violência presumida. 5. Ressalte-se que as conclusões acerca do consenso da vítima e demais circunstâncias fáticas da causa são imodificáveis, em sede de recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7 desta Corte. 6. Recurso ao qual se nega provimento" (REsp 637.361/SC, 6.ª T., j. 01.06.2010, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 28.06.2010).

"Recurso especial. Corrupção de menores. Pena firmada em 1 ano e 5 meses mais o aumento da continuidade delitiva. Passados mais de quatro anos da sentença condenatória. Prescrição. Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Presunção relativa. Situação concreta a afastar a hipótese delitiva. Relacionamento que durou por mais de dois anos. Prova sedimentada na instância ordinária. Relacionamento amoroso. É de rigor, conforme previsão do art. 61 do CPP, o reconhecimento da prescrição, a qualquer tempo do processo, quando se observa que o prazo prescricional, contextualizado em quatro anos, já restou alcançado desde o ano de 2008. *Em recentes decisões da 6.ª Turma (HC 88.664/GO e REsp 403.615/MG), restou afirmado que a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, a, do CP, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que afastam a existência da violência do ato consensual quando decorrente de relação afetivo-sexual.* No caso dos autos, restou firmado pela prova colhida na instância ordinária que a menor tinha o Recorrente como um caso amoroso, cujo desenvolvimento fazia questão de deixar claro a amigas próximas que a indagavam sobre o fato. Inexistindo, portanto, a prova de que os fatos derivaram de violência por parte do réu, mas se desenrolaram ao longo do tempo para uma relação amorosa, inclusive permeada depois por reiteradas relações sexuais, é de se afastar a violência presumida e permitir a absolvição do acusado. Recurso especial conhecido em parte e provido para absolver o réu do crime de atentado violento ao pudor, declarando-se a prescrição superveniente quanto ao crime de corrupção de menores" (REsp 804.999/SC, 6.ª T., j. 10.11.2009, de minha relatoria, *DJe* 01.02.2010).

"Recurso especial. Estupro. Violência presumida. Presunção relativa. Situação concreta a afastar a hipótese delitiva. Relacionamento entre jovens impúberes. Atingimento da maioridade. Manutenção do relacionamento amoroso. *Em recente decisão da 6.ª Turma (HC 88.664/GO), restou afirmado que a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, a, do CP, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que afastam a existência da violência do ato consensual quando decorrente de mera relação afetivo-sexual.* No caso dos autos, não se era de esperar que, iniciado o relacionamento entre jovens impúberes, e adquirida a maioridade por um deles, as relações sexuais, a partir daí, passassem a configurar a violência presumida só porque pre-

vista a conduta na norma incriminadora. Recurso especial do Ministério Público desprovido para manter a absolvição do Recorrido" (REsp 430.615/MG, 6.ª T., j. 27.10.2009, de minha relatoria, *DJe* 01.02.2010).

"Recurso especial com pedido de uniformização de jurisprudência. Incidente não processado. Iniciativa exclusiva dos órgãos dos Tribunais. Precedentes. Estupro mediante violência presumida. Vítima adolescente. Conduta anterior à Lei 12.015/2009. Acórdão hostilizado que considera relativa a presunção de violência. Manutenção do *decisum a quo*. Interpretação abrangente de todo o arcabouço jurídico. A possibilidade de a menor, a partir dos 12 anos, sofrer medidas socioeducativas é incompatível com a presunção absoluta de violência no estupro. Precedente. Impossibilidade de análise das provas acerca do consentimento da vítima. Súmula 7 do STJ. 1. O incidente de uniformização de jurisprudência não constitui um direito subjetivo da parte, por ser de iniciativa exclusiva dos órgãos dos Tribunais, sendo facultado ao julgador avaliar a conveniência e oportunidade de seu processamento, afastadas no caso concreto. Precedentes. 2. O delito imputado ao recorrido teria sido em tese praticado anteriormente ao advento da Lei 12.015, de 07.08.2009, que implementou recentíssimas alterações no crime de estupro. O acórdão absolutório, objeto do presente recurso especial, entendeu ser insustentável que uma adolescente, com acesso ao modernos meios de comunicação, seja absolutamente incapaz de consentir relações sexuais, o que, no entender do Tribunal *a quo*, implicaria responsabilização objetiva ao réu, vedada no nosso ordenamento jurídico. 3. *É inadmissível a manifesta contradição de punir o adolescente de 12 anos de idade por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considerá-lo incapaz tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal. Precedente – HC 88.664/GO, julgado em 23.06.2009 pela 6.ª Turma desta Casa e divulgado no Informativo Jurídico 400 deste STJ.* 4. No que diz respeito à conclusão do acórdão hostilizado, no sentido de estar bem caracterizada a prova acerca do consentimento da ofendida, é defeso a esta Corte o revolvimento fático probatório, conforme Súmula 7 deste STJ. 5. Recurso ao qual se nega provimento" (REsp 494.792/SP, 6.ª T., j. 02.02.2010, rel. Min. Celso Limongi (desembargador convocado do TJSP), *DJe* 22.02.2010).

"Recurso especial. Crime contra liberdade sexual. Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Consentimento das ofendidas. Conduta anterior à Lei 12.015/2009. Relativização. Possibilidade diante das peculiaridades da causa. 1. *O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da 6.ª Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, a, do CP (hoje revogado pela Lei 12.015/2009), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de 14 (quatorze) e maior de 12 (doze) anos de idade.* 2. No caso vertente, as provas constantes dos autos não deixam dúvidas de que as relações sexuais ocorreram com o consentimento das vítimas. Sendo assim, não é possível reconhecer a presunção do art. 224 do CP em relação àquelas que, na época dos fatos, contavam com 13 (treze) e 12 (doze) anos de idade. 3. Pela simples leitura das peças constantes nos autos,

depreende-se que essas duas adolescentes possuíam maturidade e entendimento sobre a sua sexualidade e o ato que estavam praticando, não sendo corrompidas ou ludibriadas pelo acusado. 4. Entretanto, não há como atribuir capacidade de discernimento à vítima que, na época, possuía apenas 10 (dez) anos de idade, a ponto de considerá-la apta a consentir, validamente, com a prática sexual, por se tratar de menor de tão tenra idade. 5. Não obstante isso, não vejo como acolher a pretensão do Ministério Público, visto que o juiz de primeiro grau, ao absolver o recorrido, baseou-se em dois fundamentos autônomos e independentes entre si, quais sejam: a) o caráter relativo da presunção de violência; b) a existência de contradições em aspectos relevantes das declarações das vítimas, suscitando dúvidas e incertezas quanto à autoria do crime. 6. Contudo, da leitura das razões recursais, verifica-se que não houve o ataque ao último fundamento. Dessa forma, atrai a incidência, por analogia, da Súmula 283 do STF, *verbis*: 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles'. 7. Ademais, a inversão do decidido, nesse ponto, demandaria, necessariamente, o reexame do conteúdo fático-probatório constante dos autos, providência esta incompatível com a estreita via do apelo excepcional, por força do Enunciado 7 da Súmula do STJ. 8. Recurso especial a que se nega provimento" (REsp 1.189.374/MS, 6.ª T., j. 16.12.2010, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 01.02.2011).

Por fim, deixo de tecer comentários à *novatio legis*, Lei 12.015/2009, a qual revogou a norma do art. 224 e criou o art. 217-A do CP, que disciplina o estupro de vulnerável, a fim de permitir que tão elevado tema tenha sua própria e peculiar apreciação em momento adequado.

Ante o exposto, acolho os embargos de divergência, para fixar o entendimento de que a presunção trazida no revogado art. 224, *a*, do CP tem cunho relativo. Dessarte, restabeleço o acórdão do Tribunal de origem.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.ª Seção; número do registro: 2011/0099313-2; EREsp 1.021.634/SP; matéria criminal; números de origem: 10185963, 18703, 200800032011, 2360120030090653; pauta: 10.08.2011; julgado: 10.08.2011; segredo de justiça; relatora: Exma. Sra. Min. Maria Thereza de Assis Moura; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Jorge Mussi; Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. Julieta E. Fajardo C. de Albuquerque; secretária: bel. Vanilde S. M. Trigo de Loureiro.

Autuação – Embargante: I. A. F.; advogado: Vitor Eduardo Tavares de Oliveira e outro(s); embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

Assunto: Direito Penal – Crimes contra a dignidade sexual – Estupro.

Sustentação oral – O Dr. Vitor Eduardo Tavares de Oliveira sustentou oralmente pelo embargante.

Certidão: Certifico que a E. 3.ª Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Min. Maria Thereza de Assis Moura (relatora), acolhendo os embargos de divergência, pediu vista o Sr. Min. Gilson Dipp.

Aguardam a Sra. Min. Laurita Vaz e os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJRS), Haroldo Rodrigues (desembargador convocado do TJCE) e Adilson Vieira Macabu (desembargador convocado do TJRJ).

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Jorge Mussi.

VOTO-VISTA – *O Exmo. Sr. Min. Gilson Dipp*: O ora embargante foi denunciado e processado perante a 1.ª Vara da Comarca de Ibitinga/SP pela prática de estupro continuado (cerca de 6 vezes) com P. de 12 anos, A. de 12 anos e S. de 13 anos, em várias ocasiões no primeiro semestre de 2002 e nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, presumida a violência (art. 213, *caput*, c/c arts.71; 224, *a*; 225, § 1.º, I e § 2.º, e 226, III, do CP, c/c art. 9.º da Lei 98.072/1990).

A sentença de primeiro grau absolveu o embargante com base no art. 386, III, do CPP ao entendimento de que a presunção de violência cede ante o comportamento das vítimas que no caso foi publicamente reconhecido como consentido.

A apelação do Ministério Público foi improvida pela 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça com fundamento no fato de que as menores "há muito se dedicavam à prostituição fazendo ponto em praça da cidade"... "com vida desregrada comprovada pelos pais das menores e conselheiros tutelares", extraindo daí o aresto a convicção da inocorrência de violência real ou grave ameaça o que indicava a natureza relativa da presunção de violência.

Outra vez recorreu o Ministério Público do Estado de São Paulo afirmando negativa de vigência do art. 224, *a*, do CP com esteio no art. 105, III, *a* e *c*, da CF.

A 5.ª Turma deste STJ conheceu e deu provimento ao recurso especial ("para que prossiga no julgamento da apelação") reconhecendo a presunção absoluta de violência e assim a irrelevância do consentimento da vítima.

O agravo regimental oferecido pelo ora embargante não foi conhecido por *manifestamente* incabível, e os embargos declaratórios apresentados para fazê-lo (o agravo) conhecer foram rejeitados.

Daí os embargos apontando a divergência com acórdãos da 6.ª Turma e *abollitio criminis* diante do advento da lei nova.

Os embargos foram admitidos pela decisão de f. *apenas* com relação à afirmada divergência acerca da natureza da presunção de violência prevista no art. 224, *a*, do CP (redação anterior).

O parecer do Ministério Público Federal arguiu a intempestividade dos embargos por força do não conhecimento do agravo manifestamente incabível que por sua vez provocava a intempestividade dos embargos declaratórios (conclusão, aliás, implicitamente admitida na 5.ª Turma).

No mérito, opina pelo acolhimento dos embargos para fazer prevalecer a orientação da 5.ª Turma dado que a presunção, neste caso, tem caráter absoluto, que foi inclusive reprisada no art. 217-A da nova redação do CP (Lei 12.015, de 2009).

E, para tanto, invoca a jurisprudência do STF e precedentes da própria 3.ª Seção deste Tribunal no mesmo sentido.

A Ministra relatora, no seu voto, embora reconheça a existência de pelo menos três precedentes da Seção no sentido do acórdão embargado (EREsp 666.474/MG, j, 10.09.2008, EREsp 688.211/SC, j. 08.10.2008 e EREsp 762.044/SP, j. 14.12.2009), sustenta que em face da alteração da composição do órgão julgador cabe reiterar a abordagem do tema.

Nessa linha, invoca vários julgados da 6.ª Turma que demonstrariam a divergência e, então, afirmando o caráter dinâmico não estático do direito, do mesmo modo que o regime do estatuto da Criança e Adolescente que admite a responsabilização desses menores por ato infracional, propõe o acolhimento dos embargos para "fixar o entendimento de que a presunção trazida no revogado art. 224, *a* do CP tem cunho relativo", dessa maneira restabelecendo o acórdão do Tribunal de origem.

Pedi vista diante da proposta de alteração da jurisprudência consolidada.

Passo ao exame.

Os embargos estão limitados à suposta divergência entre a 5.ª e 6.ª Turmas com respeito à natureza da presunção de violência então estabelecida na redação original do art. 224, *a*, do CP.

Registro, antes do mais, que, desde os precedentes citados, a 3.ª Seção já havia pacificado a inteligência jurisprudencial sobre o tema, e tanto isso é verdade que os casos julgados pela 6.ª Turma e invocados como demonstrativos da divergência ou são *posteriores* a eles, revelando desapreço pela orientação justamente vocacionada à harmonização da jurisprudência, ou são *anteriores* e nessa condição sem valor porque já superados pela a Seção. Por uma ou outra razão, os embargos não poderiam ser admitidos.

Nada obstante tais ponderações, também conheço dos embargos, pois a Seção está diante da oportunidade de encerrar de vez a pretensa divergência garantindo às partes segurança jurídica suficiente, ao menos por parte deste Tribunal.

Dois argumentos, penso eu, bastam para esse efeito.

O primeiro, de natureza jurisprudencial mostra com riqueza a manifesta prevalência da orientação adotada pelo acórdão embargado, não só neste, mas nomeadamente no STF.

Sem embargo de variadas considerações de ordem doutrinária ou acadêmica, também em boa parte convergente com a tese impugnada nos embargos, são nesse sentido *todos* os acórdãos do STF que trataram do tema, *exceto um*, relatado pelo Min. Marco Aurélio (HC 73.662/MG, j. 21.05.1996) em que, com a adesão dos Ministros Francisco Rezek e Mauricio Correa, mas os votos contrários dos Ministros José Néri e Carlos Velloso, entendeu-se que a presunção de violência era relativa.

Nos demais casos, independente da *composição* do Tribunal – que também a experimentou muitas alterações ao longo dos anos – e da *época*, mais ou menos recente dos julgados, e sempre tendo presente a dinâmica das relações sociais, a solução da Suprema Corte, nas duas Turmas, foi *sempre* a de reconhecer a presunção estabelecida no art. 224, *a*, do CP como de caráter absoluto.

Veja-se:

HC 31.500/GB, j. 08.10.1973, v.u., Min. Neder – "o consentimento da ofendida e sua experiência sexual anterior não desconstituem a tipicidade" do estupro.

RE 116.649/PR, j. 09.09.1988, v.u., Min. Pertence – "presunção legal de violência que não cede em face da consideração de experiência sexual da ofendida".

HC 72.575/PE, j. 04.08.1995, v.u., Min. Neri – "3. Sequer elide a presunção de violência o alegado fato do consentimento da vitima quanto à relação sexual".

HC 74.286/SC, j. 22.10.1996, v.u., Min. Sydnei Sanches – "O consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para conjunção carnal, e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência para a caracterização do estupro".

HC 74.580/SP, j. 17.12.1996, v.u., Min. Ilmar – "O consentimento da menor de 14 anos para a prática de relações sexuais e sua experiência anterior não afastam a presunção de violência para a caracterização do estupro".

HC 75.414/MG, j. 24.06.1997, v.u., Min. Mauricio Correa (nesse caso teria faltado prova do consentimento, por isso, caso contrário, Mauricio e Marco Aurélio teriam ficado vencidos contra Néri, Jobim e Velloso) – "Presume-se a violência no crime de estupro quando a vítima é menor de 14 anos. Não há nos autos qualquer prova de que o consentimento da vitima foi relevante para atenuar o rigor da norma".

HC 76.246/MG, j. 13. 02.1998, m.v., Min. Velloso (vencido Marco Aurélio; aqui Mauricio expressamente reconsiderou entendimento) – "Estupro. Vítima menor de 14 anos. Violência presumida. Consentimento da vítima e experiência sexual desta. Irrelevância".

RHC 79.788/MG, j. 02.05.2000, m.v., Min. Jobim (vencido Marco Aurélio) – "3. Tratando-se de menor de 14 (quatorze) anos, a violência, como elemento do tipo, é presumida. Eventual experiência anterior da ofendida não tem força para descaracterizar essa presunção legal".

HC 81.268/DF, j. 16.10.2001, v.u., Min. Pertence – "presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos ... caráter absoluto da presunção, que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de 14 anos para consentir na prática sexual".

HC 93.263/RS, j. 19.02.2008, m.v., Cármen Lúcia (vencido Marco Aurélio) – "É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência para a caracterização do estupro".

HC 94.818/MG, j. 24.06.2008, v.u., Min. Ellen – "É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência para a caracterização do estupro".

HC 99.897/PR, j. 17.11.2009, v.u., Min. Eros Grau – "Estupro. Violência presumida. Caráter absoluto. Consentimento da vítima. Irrelevância".

HC 99.993/SP, j. 24.11.2009, v.u., Min. Joaquim Barbosa – "é irrelevante o consentimento da ofendida menor de 14 anos ou, mesmo, sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência a que se refere a redação anterior do art. 224, a, do CP é de caráter absoluto".

Por fim, recentemente, no HC 97.052/PR, j. 16.08.2011, m.v., Min. Dias Toffoli (vencido Marco Aurélio), ficou reafirmada em toda a linha a orientação já de décadas.

Essa longa relação de precedentes, *todos* no mesmo sentido sem discrepância alguma exceto a divergência isolada e obstinada do Min. Marco Aurélio, revelam assim que a Corte Suprema ao longo de mais de 30 anos persevera no entendimento de que a interpretação do art. 224, *a*, do CP (com a redação anterior), privilegiava uma presunção absoluta de violência.

Aliás, no julgamento isolado, mas muito comentado à época em que prevaleceu o voto do Min. Marco Aurélio (HC 73.662/MG), o minucioso e extenso voto divergente do Min. Néri e, especialmente, o voto do Min. Velloso deixaram patente que a questão aí abordada é de natureza *constitucional*.

Com efeito, disse o Min. Velloso:

"A norma inscrita no § 4.º do art. 227, da CF – 'a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente' –, determinação ao legislador e roteiro para o intérprete, indica que se deve emprestar à proteção ao menor, inscrita no art. 224, *a*, do CP, a maior amplitude."

Com isso, assentou o STF, em matéria (constitucional) de sua estrita competência a orientação que por isso mesmo *deve* ser adotada pelos demais Tribunais, inclusive este STJ, que, de resto, já a vem seguindo rigorosamente nos precedentes mencionados.

O segundo argumento, mas não menos importante, está em que, a prevalecer o entendimento exposto no voto da Ministra relatora – *segundo o qual o comportamento da vítima ofendida bem assim sua experiência sexual anterior, consentimento ou malicia constituem fator capaz de afastar a tipicidade da conduta do réu* – o Tribunal termina por converter injustamente a vítima do estupro em verdadeira ré, julgando-lhe a conduta e reprovando-a, consumadamente e sem qualquer defesa e com enormes efeitos jurídicos negativos, as atitudes, vícios, mazelas ou defeitos, como se fosse ela, a vítima, sujeita ao juízo de condenação em lugar do réu.

Até porque, por justiça, quando os votos que reconhecem o desvalor do comportamento da vítima invariavelmente ressalvam e lamentam o consentimento e a experiência precoce das vítimas, antes da pecha de corrompidas ou de "fazerem programas em troca de dinheiro" como referiu o acórdão de segundo grau para justificar a atipicidade, deveriam garantir-lhes a dignidade e a oportunidade de manifestação, por si e defensor qualificado tanto como a avaliação médica de seu desenvolvimento psicoemocional, em respeito mínimo *ao devido processo legal a que tem direito constitucional*. Do contrário, saem do processo, como no caso, com a reputação definitivamente destruída. Não é por outra razão que a regra do art. 224, *a*, do CP era vista como uma norma cujo conteúdo estabelece antes de tudo

um *dever geral de abstenção* (HC 73.662 voto vencido Néri) a dizer que não devem e não podem os adultos aproveitarem-se da menoridade das vítimas para exercício de seus propósitos sexuais.

Nesse sentido, a lei penal, seguindo *o mandado expresso de criminalização* prescrito pela Constituição no art. 227 § 4.º, deve ser interpretada com *absoluto rigor* de modo a lograr a mais completa efetividade desse valor constitucional.

Ainda quando se alega a desenvoltura dos costumes e a "dinâmica do Direito", razões de variada natureza justificam esse cuidado da lei penal, pois é razoável ter presente que a Constituição e a própria lei, há mais ou menos tempo, asseveraram a necessidade de preservação e proteção do menor criança ou adolescente.

De resto, sustentar o contrário, com a devida vênia, é comportar-se o Judiciário como legislador positivo o que de longa data se tem recusado.

E nem mesmo a "criminalização" de condutas de crianças ou adolescentes como ato infracional previsto no seu Estatuto pode constituir argumento transverso para deduzir a exclusão de tipicidade do réu pelo suposto comportamento degradado das vítimas, sobretudo as menores de 14 anos.

Ao contrário, o regime do ECA, embora penalize certas condutas de crianças e adolescentes, longe está de estigmatizá-las com caráter definitivo e discriminatório como fez a sentença, sem qualquer respeito aos direitos das menores. O tipo do art. 244-B do ECA, por exemplo, sugere que o agente adulto que se aproveita de menor para a prática de delitos sujeita-se também à responsabilidade, mostrando indiretamente que, ao contrário da valorização da conduta do menor, cuida-se de incrementar o desvalor da conduta do adulto.

Por essa razão a possibilidade de ser o menor responsabilizado por atos infracionais não traduz por si só fundamento para, no caso de estupro contra menor de 14 anos, sobrevalorizar o comportamento da vítima como fator de exclusão do crime do agente, em especial quando se cuida de adolescente feminina caso em que esse juízo depreciativo ainda reforça manifesto e injusto preconceito contra a mulher.

Ademais, o comportamento da vítima, de regra – embora com exceções que a própria lei estipula – é antes circunstância judicial considerada para a fixação da pena-base do agente (art. 59, CP), *não se prestando à exclusão de tipicidade*.

Por derradeiro, o fato é anterior à nova redação do Código Penal, mas, fosse ele posterior, ainda assim a solução não seria diferente pois agora a figura do *estupro de vulnerável* nem mais cogita de violência, presumindo-a pela só ocorrência da conjunção carnal com menor de 14 anos (art. 217-A), pouco importando assim a conduta da vítima.

A realização desse delito, outrora como hoje, portanto, sempre prescindiu da prova da força física ou persuasiva do agente assim como sempre considerou irrelevante a conduta da ofendida ou vítima porque é a proteção da dignidade do menor que domina o regime jurídico-penal nesse campo.

Em face disso, a exclusão lógica da valorização ou importância de qualquer comportamento da vitima é a resultante natural da dita alínea *a* do art. 224

que adotou para esses casos a presunção legal e absoluta de violência por parte do agente.

Ante o exposto, acolho os embargos de divergência para fixar o entendimento de que a presunção estabelecida no art. 224, *a*, do CP, na redação anterior, tem caráter absoluto.

É o voto.

VOTO-VENCIDO – *A Exma. Sra. Min. Laurita Vaz*: Sr. Presidente, sem embargo do brilhantismo do voto da eminente Ministra relatora, ouso dele divergir, comungando, em todos os sentidos, com o voto do Sr. Min. Gilson Dipp.

Creio que, mesmo no contexto da dita vida moderna, não se mostra razoável atribuir capacidade de discernimento a menor de tão tenra idade, como no caso: duas menores de 12 (doze) anos e uma de 13 (treze), a ponto de considerá-las aptas a consentirem, validamente, com a prática sexual.

Nessa esteira, diante da literalidade da Lei Penal em vigor, parece-me iniludível que quis o Legislador proteger a liberdade sexual da menor de 14 anos, infligindo a um dever geral de abstenção, porquanto se trata de pessoa que ainda não atingiu a maturidade necessária para assumir todas as consequências de suas ações. Não é por outra razão que o novo Código Civil brasileiro, aliás, considera absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil os menores de 16 anos, proibidos de se casarem, senão com autorização de seus representantes legais (art. 3.º, I, e art. 1.517).

Há de se ressaltar que pouco importa a vida pregressa da vítima. O simples fato de ela já ter mantido relações sexuais outras vezes não significa que, por isso, o crime está desconfigurado. Ao meu sentir, essa circunstância só denota a fragilidade da proteção que se pretendeu dar ao jovem.

Reitero, portanto, os fundamentos declinados nos acórdãos paradigmas da E. 5.ª Turma, prolatados nos autos do REsp 905.877/PR, rel. Min. Laurita Vaz, *DJ* 14.05.2007; e do REsp 762.044/SP, rel. Min. Felix Fischer, *DJ* 02.05.2006. Valho-me, ainda, dos percucientes argumentos lançados pelo eminente relator deste segundo no voto condutor do julgado, *in verbis*:

"Com efeito, uma jovem que não tenha mais de 14 anos de idade, ainda que já corrompida ou afeita aos prazeres carnais, *pode*, de fato, ser vítima do denominado estupro ficto. E isto porque: *Primeiro*, como é sabido, existem incriminações nas quais a norma *proíbe* certa conduta (tipo comissivo) e, em outros casos, *determina* – com pressupostos – a realização de determinada ação (tipos omissivos), tudo isto, sob ameaça de sanção penal. No caso, apesar de respeitáveis posições divergentes, a incriminação é clara: a norma, sob pena de não ter a indispensável delimitação, afastando despiciendas incertezas denotativas, impõe, conforme J. Mestieri (*O estupro*, p. 116), '*um dever geral de abstenção de relações sexuais, imposto aos destinatários da norma, em relação a menores de certa idade*'.

*Segundo*, não é de se confundir *innocentia consilli* com mero conhecimento, objetivo, do que é em ato sexual. Aquela diz com a maturidade psicoética, com a livre

determinação no plano das atividades sexuais. Isto, *venia concessa* , dificilmente existe numa pessoa de 13 anos.

*Terceiro*, o denominado estupro ficto, com a sua estrutura legal, não guarda relação com a sedução e nem com a corrupção de menores. A honestidade da vítima não é, e nem poderia ser, requisito para o crime. Caso contrário, no fundo, restariam mescladas as presunções das alíneas *a* e *b* do art. 224 do CP. Além do mais, a afirmação de que, no art. 224 do CP, estaria uma situação de responsabilidade objetiva, *data venia*, não procede. A equiparação legal não implica necessariamente na ausência *do requisito de responsabilidade subjetiva.* É inegável que o dolo deve cobrir os componentes da denominada presunção. Se isto inocorrer teremos o erro de tipo (art. 20 do CP), v.g., o *error aetatis*. Pode, eventualmente, dependendo dos envolvidos e das circunstâncias, até existir a possibilidade de erro de proibição (art. 21, *caput* e 2.ª parte, do CP). É difícil a configuração mas, de antemão, não se pode descartar a hipótese. Enfim, ninguém deve, ou pode, sustentar a responsabilidade objetiva. A simples exigência do dolo acerca dos componentes da violência ficta, afasta aquela linha de argumentação.

Portanto, a questão de ser absoluta ou relativa a denominada presunção diz, em verdade, com o dolo. Qualquer outra consideração, como, v.g., a demonstração de consentimento 'válido', escapa à objetividade mínima que a aplicação do direito exige. Acarreta vagueza, ora expandindo arbitrariamente a incriminação, ora, injustificadamente, acarretando a impunidade, tudo de acordo com o momento, com o subjetivismo de quem julga. E não é só. *Está enraizado na mente popular, em todos os níveis de instrução, ressalvadas tristes exceções que podem eventualmente ensejar a aplicação do erro de proibição, que ninguém deve envolver-se com menores. É até comum o uso de expressão 'de menor'.* Não é recomendável, então, apesar do claro texto legal, que o Poder Judiciário, *contrariando esse entendimento generalizado*, aprove, através de julgado, que a prática sexual com menores é algo penalmente indiferente só porque a vítima, por falta de orientação, se apresenta como inconsequente ou leviana. Isto cria uma situação repleta de inaceitáveis paradoxos. *Por uma*, justamente pela evolução dos costumes, não se compreende que alguém tenha a necessidade de satisfazer a sua lascívia com crianças ou adolescentes que não ultrapassaram, ainda, quatorze anos, tudo isto, em mera aventura amorosa. *Por outra*, a nossa legislação – repetindo – *protege, contra tudo e contra todos, os menores através do ECA e de outros mecanismos legais*; protege, também, as prostitutas adultas contra a exploração etc.; entretanto, admitindo-se válido o ato do réu-recorrido, estaria o Estado, através do Poder Judiciário, e *apesar de expresso texto legal* deixando desprotegidas aquelas menores, justamente as tristemente desamparadas e carentes. Elas seriam, o que é impressionante, *objetivo válido para os irresistíveis prazeres de inescrupulosos adultos*. E, tudo isto, com o chocante e crescente quadro, em nosso país, da denominada *prostituição infantil. Data venia*, a lei não pode levar a esta forma de conclusão. *Ela protege a liberdade sexual da vítima e não do réu. O Estado não pode garantir condutas como a do recorrido, porquanto estaria incentivando aquilo que a mente popular com respaldo na lei, repugna.*

Ao impor um dever geral de abstenção (cfr. João Mestieri) da prática de atos sexuais com menores (no caso, que não ultrapassaram *14 anos*), a lei, sem dúvida, objetiva proteger a liberdade sexual e a autodeterminação sexual daqueles. Tudo isto, de fato, calcado na *innocentia consilli*, considerada, é bem de ver, como a impossibilidade de compreensão em termos de *madureza, de capacidade psicoética, de consideração quanto aos efeitos produzidos pelos fatos sexuais*. Não se confunde, pois, a falta de *innocentia consilli* com experiência, até mesmo reiterada, da prática mecânica de atividade sexual. Caso contrário, *ad argumentandum*, toda e qualquer prostituta infantil, v.g., de 9 ou 10 anos de idade teria que se considerada como madura e o seu consentimento válido. O que, *data venia*, é algo lógica axiologicamente ininteligível. E, como ficaria a *quaestio*, em relação às denominadas presunções estabelecidas nas alíneas *b* e *c*? Todas *seriam* legais-condicionais, segundo terminologia antiga afirmando-se que tanto no caso da letra *b* como no da *c*, a presunção é *relativa* sob enfoque, tão somente, *da consciência do autor acerca da condição da vítima*. Portanto, nada mais do que aplicação do *princípio da culpabilidade* ou *da responsabilidade subjetiva*. *Verbi gratia*, ninguém chega a ponto de relativizar a presunção da letra *b* na hipótese em que o sujeito ativo tem plena consciência da debilidade mental da vítima. No entanto, na alínea *a*, mesmo que o autor tenha ciência acerca da idade da ofendida busca-se, equivocadamente, ainda assim, um outro dado, vago e impreciso, como fator de impunidade. A presunção, por assim dizer, da alínea *a*, é, na verdade, nestes limites, e sob este enfoque, legal-condicional, *iuris tantum* (tal como nas alíneas *b* e *c*), admitindo, em regra, apenas, o *error aetatis*, *ex vi* art. 20, *caput*, do CP. Entretanto, não se pode esquecer que, ao contrário, por exemplo, da alínea *b*, o *dolo eventual* aqui é suficiente. E mais ainda, tudo isto, sem considerar a extensão decorrente da polêmica acerca do *grau de atualização do dolo* ou, como é dito por alguns, a *coconsciência* (Winfried Platzgunimer, *Die BewuBtseinsform des Vorsatzes*, p. 26 e ss., Viena, 1964 e, comparativamente, E. R. Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, vol. III, p. 301-305, Ediar, 1981 e *Manual de derecho penal*, p. 406, n. 247-248, 6. ed., 1996, Ediar, Teresa Pizarro Beleza, *Direito penal*, vol. 2, p. 183-184, AAFDL, 1985, G. Stratenwerth *Derecho penal*, Pg I, Edersa, p. 97, n. 262, Madrid, 1982, G. Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2. ed., 1997, p. 317-318, Marcial Pons. Com posição diferenciada: Michael Köhler, *Vorsatzbegriff und bewuBtseinsform des Vorsatzes*, G.A., 1981, p. 285 e 290, e G. Schewe, *BewuBtsein und Vorsatz*, Berlim, 1972).

De qualquer forma, por que considerar nas alíneas *b* e *c*, como fator de caracterização da presunção, na modalidade de legal-condicional o *elemento cognitivo* do dolo e, na alínea *a*, além deste fator, um outro, totalmente flexível e de dificílima verificação concreta (a validade do consentimento de uma menor)? Seria a insensibilidade assumida para com as menores abandonadas ou desamparadas e expostas aos desejos um tanto estranhos de alguns insaciáveis? Ou, será que, *em extremo oposto*, estar-se-ia confundindo *innocentia consilii* com castidade etc., e com isto mesclando, sem o menor sentido, as alíneas *a* e *b*? Na realidade, a questão da natureza da chamada presunção de violência tem merecido um tratamento hetero-

gêneo, sendo que a exceção adicional, no caso da letra *a*, é carecedora de suporte jurídico. Tem sido, não poucas vezes, tratada como uma forma de banalização dos pretensos modernos costumes sexuais, olvidando-se, no entanto, aí, *a tenra idade das vitimas e a ausência de aceitação, na mente popular, de atos sexuais realizados nas circunstâncias previstas na alínea* a. E, por fim. A norma por detrás da tipificação legal (cfr. esquema de E. R. Zaffaroni) não diz que é proibido, *salvo se a ofendida é de vida desregrada ou prostituída*, praticar conjunção carnal com menina não maior de 14 anos. *Esta ressalva*, própria de determinada fase do Direito Romano, não existe e sistemicamente se apresenta destituída de coerência.

Daí se vê que meros exercícios de semântica em torno do legislativamente inadequado uso da expressão 'presunção' levam a uma conclusão que não pode ser considerada produto de interpretação teleológica.

Apenas, a título de comparação, a prática de atos sexuais com menores continua sendo *conduta reprovável* em outras legislações penais (o grau de censurabilidade, é claro, guarda a proporção estabelecida em cada país), v.g.: arts. 182 e ss. do C. Penal espanhol de 1995; art. 172, n. 1 e n. 2 do C.P. português com a revisão do Dec.-lei 48/1995, art. 119, § 1.º, do C.P argentino; art. 609, n. 1 do C.P. italiano."

Ante o exposto, reafirmo, com a devida vênia, o meu entendimento, para acompanhar o voto divergente do Sr. Min. Gilson Dipp.

É como voto.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Og Fernandes*: Sr. Presidente, há alguns fatos que precisam ser aqui descritos.

Veja-se, por exemplo, que, no HC 99.993/SP, mencionado pelo Sr. Min. Gilson Dipp, julgado em 24.11.2009, no STF, relator o Sr. Min. Joaquim Barbosa, diz que "(...) é irrelevante o consentimento da ofendida menor de 14 (quatorze) anos, ou mesmo sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência, a que se refere a redação anterior do art. 224, *a*, do CP, é de caráter absoluto".

Claro que o Sr. Ministro foi preciso, mas estamos aqui a tratar de um artigo que foi revogado, já naquele momento. S. Exa. fez essa ressalva.

Com a reforma que tivemos em 2009, a exemplo de legislações de Direito Penal estrangeiras, temos agora a figura do estupro também em relação à figura masculina.

Esse é um cenário novo.

Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma jovem de 18 (dezoito) anos que venha a ter relações sexuais com um jovem, um rapaz de 13 (treze) anos e meio, e teremos que considerar, nessas hipóteses, em face da nova lei, que teríamos aqui uma mulher a praticar violência de ordem sexual com uma presunção absoluta contra um garoto em torno de 14 (catorze) anos.

Como preleciona Nucci, "o delito admite o cometimento do homem contra a mulher; do homem contra o homem; da mulher contra o homem; da mulher contra mulher" (cf. *Crimes contra dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009*, 2. ed., São Paulo, Ed. RT, 2000, p. 53).

Acho que o cenário, repito, que estamos a viver agora é parecido com o da letra da música de Raul Seixas, *Metamorfose ambulante*.

Às vezes, é melhor não ter uma opinião formada sobre tudo e poder, em certas circunstâncias, relativizar ou interpretar os fatos de acordo com o tempo, a sociedade, os costumes de um determinado momento que não se ajustam a uma legislação que, nesse tema – veja-se, estamos a tratar aqui de crime de violência sexual, de costumes, de cultura, de um código que foi feito na década de 1940, baseado no Código Rocco Italiano, com feição fascista, obviamente, no que tinha de bom e de ruim.

Não teríamos que repensar os valores, os costumes e o próprio rejuvenescimento do tipo penal – que se tornou mais grave, seja pela hipótese agora abrangente? Seria uma heresia falar em estupro de homem no Brasil, no Código Penal, dos anos 1940. Agora não é mais, o tipo é mais grave, mas ele se adequou a um novo perfil.

Se, no caso citado, estivéssemos diante de uma jovem de 18 (dezoito) anos, mulher, a ter relações sexuais com um garoto de um pouco menos, ou em torno de 14 (catorze) anos, nós teríamos que considerar essa hipótese sem nenhuma relativização? É um tema a se pensar. Penso que a relativização da presunção não implica, nesse novo cenário, desconsiderar-se a regra geral. Significa dizer que a exceção confirma a regra geral.

Creio que isso foi dito pela Sra. Min. Maria Thereza, na elaboração do seu voto.

Seria justo – e essa foi a expressão que S. Exa. usou – considerarmos, nesse exemplo, a imposição de uma sanção a partir de um conceito estabelecido pela legislação há muito tempo, naquela seara cultural, que, talvez, mais tenha sofrido modificações no desdobrar do tempo no Brasil?

Penso que é o momento de se debruçar sobre essa nova realidade, sem, absolutamente, desprezar a proteção, que tem sede constitucional, da família, do adolescente, da criança. Mas ponderando esse valor com a construção que se faz do que seja o justo. E nós somos, aqui, integrantes do STJ.

Permito-me, nesse caso, extraindo dos versos da canção de 1970, "ser essa metamorfose ambulante" na análise do tema, na tentativa e no respeito a qualquer posicionamento diverso.

Prefiro ser, repito, essa metamorfose ambulante para tentar ser justo com os tempos em que vivemos – "ó tempos, ó costumes", diziam os romanos – e perceber que já há um espaço na interpretação da norma penal para não entender essa presunção como *juris et de jure*.

Nesse caso, pedindo vênia a quem pensa de forma diversa, acompanho o entendimento da relativização do conceito de presunção sem, pela última vez dizer, desprezar a regra geral.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.ª Seção; número do registro: 2011/0099313-2; EREsp 1.021.634/SP; matéria criminal; números de origem: 10185963, 18703, 200800032011, 2360120030090653; pauta: 10.08.2011; julgado: 28.09.2011; se-

gredo de justiça; relatora: Exma. Sra. Min. Maria Thereza de Assis Moura; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Jorge Mussi; Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. Julieta E. Fajardo C. de Albuquerque; secretária: bel. Vanilde S. M. Trigo de Loureiro.

Autuação – Embargante: I. A. F.; advogado: Vitor Eduardo Tavares de Oliveira e outro(s); embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

Assunto: Direito Penal – Crimes contra a dignidade sexual – Estupro.

Certidão: Certifico que a E. 3.ª Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retomado o julgamento, após o voto-vista divergente do Sr. Min. Gilson Dipp acolhendo os embargos para considerar absoluta a presunção de violência, no que foi acompanhado pela Sra. Min. Laurita Vaz, e voto do Sr. Min. Og Fernandes, acompanhando a relatora, acolhendo os embargos para considerar relativa a presunção de violência, pediu vista o Sr. Min. Sebastião Reis Júnior.

Aguardam os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJRS) e Adilson Vieira Macabu (desembargador convocado do TJRJ).

Não participou do julgamento o Sr. Min. Marco Aurélio Bellizze (art. 162, § 2.º, do RISTJ).

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Jorge Mussi.

Brasília, 28 de setembro de 2011 – VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO, secretária.

VOTO-VISTA – *O Exmo. Sr. Min. Sebastião Reis Júnior*: Sr. Presidente, vou procurar ser breve.

A questão em apreço é por demais conhecida: discute-se, como bem definiu a eminente relatora, se a violência presumida referida no art. 224 do CP deve ou não ser relativizada quando a vítima for menor de 14 anos. A Min. Maria Thereza concluiu que a violência presumida deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto. Pediu vista o Min. Gilson Dipp, que, após cuidadoso levantamento da jurisprudência dominante no STF, concluiu que a presunção de violência é absoluta.

Não teria dúvidas em aderir aos votos da eminente relatora e do Min. Og Fernandes no sentido de que a violência presumida deve ser relativizada de acordo com a situação concreta dos autos. Porém preocupou-me e muito, sendo o motivo pelo qual pedi vista, a farta, reiterada e atual jurisprudência do STF sobre o assunto em tela relacionada pelo Min. Gilson Dipp.

E preocupou-me porque não acho razoável que uma jurisprudência consolidada e contemporânea da Suprema Corte venha a ser desrespeitada por Tribunal, seja ele federal, estadual ou nacional. Não tem sentido o STJ mostrar ressalvas, em diversas oportunidades, ao descumprimento pelos tribunais inferiores da interpretação por ele fixada dentro de sua competência constitucional e desrespeitar entendimento uniforme e reiterado daquele que tem o poder, inclusive, de reformar nossas decisões.

Entendo que, no momento por que passamos, é essencial que o Judiciário transmita ao jurisdicionado confiança e é indiscutível que, como já disse Marcelo Alves Dias de Souza (*Do precedente judicial à súmula vinculante*, Juruá, 2006, p. 299), "a obediência aos precedentes judiciais é um fator – não o único, é óbvio – que pode ajudar na estabilidade de nosso sistema jurídico. Além de dar aos cidadãos um sentido de confiança, por implicar a consolidação, no presente e para o futuro, de opiniões bem fundamentadas e tidas por acertadas".

Ao analisar a questão da segurança jurídica quanto à necessidade de o Judiciário transmitir para o jurisdicionado um pensamento coerente, estável, uniforme, o Prof. Marcelo Alves Dias de Souza nos apresenta lição altamente esclarecedora de Ehrlich (grifo nosso):

"A norma de decisão contém a proposição geral em que se baseia a decisão e, desse modo, estabelece a pretensão de que é uma verdade válida, não apenas para o caso específico, mas também para todo caso igual ou parecido (...).

*Essa é a lei da estabilidade das normas legais, que é de tão imensa importância para a criação do direito.* Ela baseia-se, em primeiro lugar, na psicologia social. *Dar decisões contrárias em casos iguais ou parecidos não seria direito, mas sim arbitrariedade e capricho.* Também se baseia numa certa saudável qualidade econômica de pensamento. *O gasto de trabalho intelectual que, sem dúvida, está sempre envolvido na procura de normas de decisões, muitas vezes pode ser evitado dando-se uma decisão segundo uma norma que já foi encontrada. Além disso, há uma grande necessidade social de normas estáveis, o que torna possível, em certa medida, prever e predizer as decisões e, desse modo, colocar um homem em condições de tomas as providências necessárias de acordo com isso.*

A lei da estabilidade das normas jurídicas de decisão funciona, sobretudo, no tempo. O Tribunal não irá, sem uma boa causa, afastar-se de uma norma que aplicou na decisão de um caso enquanto a norma for lembrada, e, com frequência são tomadas medidas especiais para impedir que sejam esquecidas. Mas também funciona no espaço: pois as normas para decisão que foram encontradas por um tribunal serão prontamente aplicadas por outros tribunais que existem na mesma esfera de influência, se não por outra razão, a fim de evitar o provável trabalho de encontrar normas (...)."

Na verdade, tal preocupação não é isolada. A necessidade dos tribunais e dos juízes de respeitarem os precedentes jurisprudenciais fixados pelas Cortes Superiores vem sendo externada também por outros doutrinadores:

"Uma das funções primordiais do Direito, na dinâmica judiciária, é a de fornecer a 'certeza do Direito', *entendida como aquela consistente na possibilidade, proporcionada aos jurisdicionados de que, através de um instrumental, haja o caminho capaz de estabelecer a maior previsibilidade possível.* A atividade jurisdicional, no seu conjunto, *deve proporcionar e traduzir esta certeza, havendo de resultar da tarefa de dizer o Direito, no seu todo, um panorama de decisões apreciavelmente coincidentes sobre os mesmos temas*" (Arruda Alvim, *Tratado de direito processual civil*, 2. ed., p. 13 – grifo nosso).

"Um dos maiores temores quanto ao poder acentuado das decisões e precedentes judiciais repousa na ideia de que eles não seriam aptos a conferir estabilidade e a previsibilidade necessária à pacificação judicial.

*Pacificar a sociedade demanda, como sempre demandou, um sistema jurídico estável, em que as regras e soluções aplicadas aos fatos da vida não variam e sejam, tanto quanto possível, previsíveis. Estabilidade e previsibilidade são dois dos pilares de qualquer ordenamento jurídico que se quer pretender respeitado, e ninguém elabora um intricado modelo normativo, com uma série de regras que determinam tantas situações quantas passíveis de serem verificadas na sociedade, consolidado ao longo de séculos, para que ele não seja obedecido.* Um direito instável e imprevisível não gera a segurança jurídica que razoavelmente dele se pode esperar. Instabilidade e previsibilidade resultam em nervosismo, ao revés de pacificação social. É correto afirmar-se, então, que é melhor não haver direito a possuir um direito sujeito a toda e qualquer ingerência externa e parcela de interesses pessoais, celeiro de desigualdade, insegurança e controvérsias" (Marco Antonio de Costa Sabino, O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil, *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, n. 85, p. 59 – grifo nosso).

"Coisa bem diversa ocorre, a meu ver, quando se trata de decisão tomada pelo tribunal superior em sua plenitude e com vistas à fixação de um entendimento que balize seus próprios julgamentos. *O tribunal se impõe diretrizes para seus julgamentos e necessariamente se coloca, também, para os julgadores de instâncias inferiores. Aqui a força vinculante dessa decisão é essencial e indescartável, sob pena de retirar-se dos tribunais superiores justamente a função que os justifica. Pouco importa o nome de que elas se revistam – súmulas, súmulas vinculantes, jurisprudência predominante ou o que for –, obrigam.* Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se, com elas, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. *Nem se sobrepõem à lei, nem restringem o poder de interpretar o direito e valorar os fatos atribuídos aos magistrados inferiores, em cada caso concreto, apenas firmam um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que obriga a todos em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa propiciar aos que convivem no grupo social, como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa.*

(...)

Talvez só porque, infelizmente no Brasil pós-1988 se adquiriu a urticária do 'autonomismo', e todo mundo é comandante e ninguém é soldado, todo mundo é malho e ninguém é bigorna, talvez por isso se tenha tornado tema passional o problema da súmula vinculante. E isso eu percebi muito cedo, quando, falando para juízes federais sobre a irrecusabilidade da força vinculante de algumas decisões de Tribunais Superiores, um deles, jovem, inteligente, vibrante, me interpelou: Prof. Calmon, e onde fica a minha liberdade de consciência e o meu sentido de justiça? Respondi-lhe na oportunidade, o que aqui consigno. Essa mesma pergunta não seria formulável, validamente, pelos que, vencidos, sofrem os efeitos da decisão que lhes repugna o senso moral e lhes mutila a liberdade? Por que os juízes pode-

riam nos torturar e estariam livres de ser torturados por um sistema jurídico capaz de oferecer alguma segurança aos jurisdicionados?" (Calmon de Passos, Súmula vinculante, *Revista do TRF da 1.ª Região*, vol. 9, n. 1, p. 163-176 – grifo nosso).

*"Pode-se imaginar o mal-estar que criam, na sociedade brasileira, tanto as divergências concomitantes que há entre Tribunais quanto as alterações bruscas de seus próprios entendimentos.*

Essa é mais uma razão que nos faz ver com bons olhos a inclusão da súmula vinculante no nosso sistema jurídico, já que, como veremos mais adiante, *a existência de uniformidade na jurisprudência é pressuposto para que se realize, no plano dos fatos, o princípio da isonomia.*

(...)

A doutrina comenta que mesmo nos países da Europa Continental a transcendência dos precedentes vem sendo observada. *Diz-se que a jurisprudência consolidada garante a certeza e a previsibilidade; garante a igualdade dos jurisdicionados; evidencia a submissão moral de respeito à sabedoria acumulada pela experiência; e constrói uma presunção em prol do acerto do precedente.*

(...)

A força persuasiva que deve ter a jurisprudência não vinculante se confunde saudavelmente com a consciência da inexorabilidade de que a questão seja, afinal, decidida em conformidade com o entendimento dos Tribunais Superiores. E deve ter, como de fato tem, em alguns casos, o condão de gerar condutas e decisões judiciais (de 1.º e 2.º graus de jurisdição), já de acordo com o que se espera venha a ser a decisão do STJ ou STF.

*Assim, se de um lado não existe, no sistema brasileiro, a obrigatoriedade de respeito a jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores, pode-se dizer que é ínsita à própria estrutura do Judiciário e à função de cada Tribunal, principalmente a dos tribunais superiores, a necessidade de que essas decisões orientem os demais órgãos do Poder Judiciário.* Com isso, pretendemos dizer que o nosso sistema não seria o que é, nem seria como é a estrutura do Judiciário, se não houvesse, subjacente à criação desse modelo, *a ideia de que as decisões dos Tribunais Superiores devem ser respeitadas pelos demais, principalmente quando se forma jurisprudência reiterada em determinado sentido.*

É claro que, se os próprios Tribunais Superiores alteram com frequência indesejável suas próprias posições, a respeito de temas jurídicos importantes, fica quase impossível eleger-se a sua jurisprudência 'pacificada' como um norte.

Por outro lado, não se pode, rigorosamente, dizer que os precedentes dos Tribunais Superiores realmente vinculam, pois o nosso sistema não admite que o juiz decida senão com base, pelo menos, fundamentalmente, na lei. Orienta a atividade decisória do juiz o princípio do livre convencimento motivado: há liberdade para analisar as provas, formar a convicção e decidir, com base na interpretação da lei que se entenda correta. O juiz tem, portanto, no sistema brasileiro, segundo a opinião que predomina, a possibilidade de optar pela interpretação da lei que lhe pareça a mais acertada.

Então como sustentar dever a jurisprudência dominante, principalmente a dos Tribunais Superiores, ser respeitada?

*É que essa liberdade não pode ser levada às últimas consequências, sob pena de gerar o comprometimento da forma sistemática do direito e o afastamento integral da possibilidade de se tratarem isonomicamente os jurisdicionados*" (Teresa Arruda Alvim Wambier, Súmula vinculante: figura do *common law*?, *Revista do TRF da 4.ª Região*, vol. 44 – grifo nosso).

E também esta Corte tem, em momentos vários, demonstrado igual preocupação:

"Processual – STJ – Jurisprudência – Necessidade de que seja observada.

O STJ foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente.

Assim sempre ocorreu em relação ao STF, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. *Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições.* Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la" (AgRg nos EREsp 228.432, Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 18.03.2002 – grifo nosso).

"(...) 6. A doutrina do tema assenta que: outro é, pois, o fenômeno que se tem em vista quando se alude à conveniência de adotar medidas tendentes à uniformização dos pronunciamentos judiciais. Liga-se ele ao fato da existência, no aparelho estatal, de uma pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria. *Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico – sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância –, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e a espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito – que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos vários tribunais – e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia jurisdicional* (José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, 15. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, vol. V: arts. 476 a 565, p. 4-5)" (REsp 1.111.743, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Corte Especial, *DJe* 21.06.2010 – grifo nosso).

"(...) 3. *Por outro lado, a força normativa do princípio constitucional da isonomia impõe ao Judiciário, e ao STJ particularmente, o dever de dar tratamento jurisdicional igual para situações iguais.* Embora possa não atingir a dimensão de gravidade que teria se decorresse da aplicação anti-isonômica da norma constitucional, *é certo que o descaso à isonomia em face da lei federal não deixa de ser um fenômeno também muito grave e igualmente ofensivo à Constituição.* Os efeitos da ofensa ao princípio

da igualdade se manifestam de modo especialmente nocivos em sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado: considerada a eficácia prospectiva inerente a essas sentenças, em lugar da igualdade, é a desigualdade que, em casos tais, assume caráter de estabilidade e de continuidade, criando situações discriminatórias permanentes, absolutamente intoleráveis inclusive sob o aspecto social e econômico. Ora, a Súmula 343 e a doutrina da tolerância da interpretação razoável nela consagrada têm como resultado necessário a convivência simultânea de duas (ou até mais) interpretações diferentes para o mesmo preceito normativo e, portanto, a cristalização de tratamento diferente para situações iguais. Ela impõe que o Judiciário abra mão, em nome do princípio da segurança, do princípio constitucional da isonomia, bem como que o STJ, em nome daquele princípio, também abra mão de sua função nomofilácica e uniformizadora e permita que, objetivamente, fique comprometido o princípio constitucional da igualdade.

4. É relevante considerar também que a doutrina da tolerância da interpretação razoável, mas contrária à orientação do STJ, está na contramão do movimento evolutivo do direito brasileiro, que caminha no sentido de realçar cada vez mais a força vinculante dos precedentes dos Tribunais Superiores" (REsp 1.063.310, Min. Teori Albino Zavascki, *DJe* 20.08.2008 – grifo nosso).

Vale chamar a atenção aqui para recente decisão proferida nos autos do HC 188.959, quando o Min. Jorge Mussi, em matéria consolidada no âmbito deste Tribunal em determinado sentido, reconheceu a necessidade de seguir orientação firmada de forma reiterada pelo STF em sentido oposto (grifo nosso):

"(...) A Turma denegou a ordem para acolher o entendimento segundo o qual o descumprimento das condições impostas em transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995) acarreta o oferecimento da denúncia e seguimento da ação penal. Segundo destacou o Min. relator, recentemente, reconhecida a repercussão geral, a matéria foi objeto de análise pelo STF. Na oportunidade, firmou-se o posicionamento de que o prosseguimento da persecução penal na hipótese de descumprimento das condições impostas na transação penal não ofende os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, uma vez que a decisão homologatória do acordo, submetida à condição resolutiva – descumprimento do pactuado – não faz coisa julgada material. *O Min. relator ponderou que, apesar da aludida decisão ser desprovida de caráter vinculante, o posicionamento adotado pela unanimidade dos integrantes do STF, órgão responsável em última instância pela interpretação constitucional, deve ser observado. Concluiu que, atento à finalidade do instituto da repercussão geral, e em homenagem à uniformização da jurisprudência, é imperiosa a revisão do posicionamento adotado pelo STJ, passando-se a admitir o ajuizamento da ação penal quando descumpridas as condições estabelecidas em transação penal.*"

No caso concreto, como bem relatou o Min. Gilson Dipp, a questão encontra-se pacificada tanto no âmbito do STF quanto neste próprio Tribunal, onde, por três vezes, em momentos distintos, com composições distintas, esta 3.ª Seção firmou o mesmo entendimento há muito já consolidado no Supremo: a presunção de violência no caso de estupro é absoluta.

Quero esclarecer que não sou a favor da jurisprudência congelada, de que a interpretação firmada por nossos Tribunais Superiores seja imutável. Ela deve acompanhar a realidade e se adequar ao desenvolvimento social:

"(...) todos estes mecanismos estão a evidenciar que a força vinculante do precedente não impede que uma determinada tese dominante, antes sedimentada, possa ser superada, passando-se a um novo processo de 'normatização pretoriana'. A mutação progressiva de paradigmas de interpretação de um determinado episódio da vida, dotado de relevância jurídica, sempre veio imposto pela historicidade da realidade social, constituindo mesmo uma exigência de justiça..." (José Rogério Cruz e Tucci, Precedente judicial como fonte de direito, p. 180).

Porém tal mutabilidade tem que considerar, como também já disse Cruz e Tucci, uma vocação para o futuro, ou seja, que tal modificação seja "destinada a ser mantida com potencial continuidade em situações análogas" (ob. cit., p. 299). Considerando o posicionamento consolidado no âmbito do STF, não vejo como a proposta encaminhada pela eminente relatora vá atender essa condição.

Além do mais, não se trata de uma adequação da interpretação de um dispositivo do Código Penal (art. 224) a uma nova realidade social.

Isso, porque, na verdade, a interpretação dada pela nossa Corte Suprema, bem como por esta própria 3.ª Seção, à questão da natureza absoluta da presunção de violência não é antiga, desassociada da realidade atual. Ela – como fica claro no voto exarado pelo Min. Dias Toffolli quando do julgamento do HC 97.052, ocorrido em 16.08.2011, cuja ementa foi publicada em 14.09.2011 – é atual e comum às duas Turmas que compõem a Corte:

"A questão controvertida, no caso em questão, consiste na interpretação do que dispõe o art. 224, *a*, do CP, relativamente à presunção de violência quando a vitima não for maior de 14 (quatorze) anos de idade.

A maioria já sedimentada, tendo ambas as Turmas desta Suprema Corte, ao apreciar a matéria, assentado que a presunção de violência, ainda que haja o consentimento da ofendida, é absoluta:

(...) Esta é a orientação consolidada no Supremo Tribunal (HC 81.268/DF, 1.ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 16.11.2002; RHC 80.613/SP, 1.ª T., rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 02.05.2000; RHC 79.788/MG, 2.ª T., rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* 17.08.2001)."

Vale, ainda, citar decisão recente da lavra do Min. Luiz Fux, que, ao indeferir liminar nos autos do HC 109.206 (*DJe* 08.08.2011), disse que (grifo nosso):

"O STF firmou o entendimento de que a *violência* em relação à vítima não maior de 14 (quatorze) anos, de que trata o art. 224, *a*, do CP, na redação anterior à Lei 12.015/2009, é *absoluta*, consoante se vê dos seguintes julgados (...).

*O precedente invocado nas razões da impetração (HC 73.662), prestigiando a tese da relatividade da presunção de violência, consubstanciou caso isolado nesta Corte, restando, conforme afirmado no HC 81.268, acima citado, suplantado por sucessivos julgamento de ambas as Turmas deste Tribunal em sentido contrário.*"

Considerando, portanto, que "a vinculação ao precedente é fundamental para que a sociedade confie no Poder Judiciário, desmistificando-o como uma instituição que decide com base na convicção de cada individuo que a compõe, de sorte a formar uma multiplicidade de julgamentos díspares, gerando insegurança jurídica" (Marco Antonio da Costa Sabino, ob. cit., p. 71-72), bem como tendo em vista a necessidade de se prestigiar a jurisprudência já consolidada no STF sobre a matéria em apreço, até como exemplo para as instâncias inferiores, e ressalvando meu entendimento pessoal, acompanho a divergência inaugurada pelo Min. Gilson Dipp.

Ante o exposto, acolho os embargos de divergência para considerar absoluta a presunção de violência.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio Bellizze*: Sr. Presidente, não estou acompanhando a divergência; estou acompanhando o posicionamento da Sra. Ministra relatora no sentido da presunção relativa, principalmente com os argumentos hoje trazidos ao debate.

Penso que, quando possível, devemos evitar decidir contra o que já decidiu o STF nas matérias de forma prejudicial ao réu, o que demandará dele um esforço de defesa, uma estrutura jurídica para questionar a decisão a ele desfavorável na Suprema Corte. Agora, na situação em que a decisão do STJ é mais favorável e que eventual esforço será do Ministério Público, abre-se nova oportunidade para o STF, se entender que deve tratar de matéria de alcance infraconstitucional com essa característica de definitividade, examinar a questão.

Acompanho o voto da Sra. Ministra relatora, acolhendo os embargos de divergência para fixar o entendimento de que a presunção contida no revogado art. 224 do CP tem o caráter relativo.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Vasco Della Giustina* (desembargador convocado do TJRS): Sr. Presidente, a propósito do que disse a Sra. Min. Maria Thereza de Assis Moura, estava lembrando-me de que, no Direito Privado, praticamente, o STJ cumpre a sua tarefa de dar a palavra final em matéria infraconstitucional, com raras exceções, talvez em Direito de Família. No Direito Penal, tenho anotado que não damos a última palavra. Tudo vai para o STF, e o STF acolhe tudo.

Então, parece-me que está na hora de fazermos vingar um pouco mais a nossa palavra final em matéria infraconstitucional, como é a matéria que estamos abordando. Não tenho dúvidas. Desde os tempos, se bem me recordo, lá no Sul, passei a entender que essa presunção teria que ser relativa em função do avanço da sociedade, de jovens que, aparentemente, teriam 18 anos ou mais e, no entanto, tinham quase 14 anos. Estavam, portanto, na situação "infraidade" de 14 anos.

Acho que há uma evolução. Respeito a posição do eminente Colega que se manifestou há pouco, Sr. Min. Sebastião Reis Júnior, que fez um belo trabalho, mas ainda ficaria na linha do meu passado no sentido de entender que é relativo, que se tem de examinar caso a caso.

Quero esclarecer que não sou a favor da jurisprudência congelada, de que a interpretação firmada por nossos Tribunais Superiores seja imutável. Ela deve acompanhar a realidade e se adequar ao desenvolvimento social:

"(...) todos estes mecanismos estão a evidenciar que a força vinculante do precedente não impede que uma determinada tese dominante, antes sedimentada, possa ser superada, passando-se a um novo processo de 'normatização pretoriana'. A mutação progressiva de paradigmas de interpretação de um determinado episódio da vida, dotado de relevância jurídica, sempre veio imposto pela historicidade da realidade social, constituindo mesmo uma exigência de justiça..." (José Rogério Cruz e Tucci, Precedente judicial como fonte de direito, p. 180).

Porém tal mutabilidade tem que considerar, como também já disse Cruz e Tucci, uma vocação para o futuro, ou seja, que tal modificação seja "destinada a ser mantida com potencial continuidade em situações análogas" (ob. cit., p. 299). Considerando o posicionamento consolidado no âmbito do STF, não vejo como a proposta encaminhada pela eminente relatora vá atender essa condição.

Além do mais, não se trata de uma adequação da interpretação de um dispositivo do Código Penal (art. 224) a uma nova realidade social.

Isso, porque, na verdade, a interpretação dada pela nossa Corte Suprema, bem como por esta própria 3.ª Seção, à questão da natureza absoluta da presunção de violência não é antiga, desassociada da realidade atual. Ela – como fica claro no voto exarado pelo Min. Dias Toffolli quando do julgamento do HC 97.052, ocorrido em 16.08.2011, cuja ementa foi publicada em 14.09.2011 – é atual e comum às duas Turmas que compõem a Corte:

"A questão controvertida, no caso em questão, consiste na interpretação do que dispõe o art. 224, *a*, do CP, relativamente à presunção de violência quando a vitima não for maior de 14 (quatorze) anos de idade.

A maioria já sedimentada, tendo ambas as Turmas desta Suprema Corte, ao apreciar a matéria, assentado que a presunção de violência, ainda que haja o consentimento da ofendida, é absoluta:

(...) Esta é a orientação consolidada no Supremo Tribunal (HC 81.268/DF, 1.ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 16.11.2002; RHC 80.613/SP, 1.ª T., rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 02.05.2000; RHC 79.788/MG, 2.ª T., rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* 17.08.2001)."

Vale, ainda, citar decisão recente da lavra do Min. Luiz Fux, que, ao indeferir liminar nos autos do HC 109.206 (*DJe* 08.08.2011), disse que (grifo nosso):

"O STF firmou o entendimento de que a *violência* em relação à vítima não maior de 14 (quatorze) anos, de que trata o art. 224, *a*, do CP, na redação anterior à Lei 12.015/2009, é *absoluta*, consoante se vê dos seguintes julgados (...).

*O precedente invocado nas razões da impetração (HC 73.662), prestigiando a tese da relatividade da presunção de violência, consubstanciou caso isolado nesta Corte, restando, conforme afirmado no HC 81.268, acima citado, suplantado por sucessivos julgamento de ambas as Turmas deste Tribunal em sentido contrário.*"

Considerando, portanto, que "a vinculação ao precedente é fundamental para que a sociedade confie no Poder Judiciário, desmistificando-o como uma instituição que decide com base na convicção de cada individuo que a compõe, de sorte a formar uma multiplicidade de julgamentos díspares, gerando insegurança jurídica" (Marco Antonio da Costa Sabino, ob. cit., p. 71-72), bem como tendo em vista a necessidade de se prestigiar a jurisprudência já consolidada no STF sobre a matéria em apreço, até como exemplo para as instâncias inferiores, e ressalvando meu entendimento pessoal, acompanho a divergência inaugurada pelo Min. Gilson Dipp.

Ante o exposto, acolho os embargos de divergência para considerar absoluta a presunção de violência.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio Bellizze*: Sr. Presidente, não estou acompanhando a divergência; estou acompanhando o posicionamento da Sra. Ministra relatora no sentido da presunção relativa, principalmente com os argumentos hoje trazidos ao debate.

Penso que, quando possível, devemos evitar decidir contra o que já decidiu o STF nas matérias de forma prejudicial ao réu, o que demandará dele um esforço de defesa, uma estrutura jurídica para questionar a decisão a ele desfavorável na Suprema Corte. Agora, na situação em que a decisão do STJ é mais favorável e que eventual esforço será do Ministério Público, abre-se nova oportunidade para o STF, se entender que deve tratar de matéria de alcance infraconstitucional com essa característica de definitividade, examinar a questão.

Acompanho o voto da Sra. Ministra relatora, acolhendo os embargos de divergência para fixar o entendimento de que a presunção contida no revogado art. 224 do CP tem o caráter relativo.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Vasco Della Giustina* (desembargador convocado do TJRS): Sr. Presidente, a propósito do que disse a Sra. Min. Maria Thereza de Assis Moura, estava lembrando-me de que, no Direito Privado, praticamente, o STJ cumpre a sua tarefa de dar a palavra final em matéria infraconstitucional, com raras exceções, talvez em Direito de Família. No Direito Penal, tenho anotado que não damos a última palavra. Tudo vai para o STF, e o STF acolhe tudo.

Então, parece-me que está na hora de fazermos vingar um pouco mais a nossa palavra final em matéria infraconstitucional, como é a matéria que estamos abordando. Não tenho dúvidas. Desde os tempos, se bem me recordo, lá no Sul, passei a entender que essa presunção teria que ser relativa em função do avanço da sociedade, de jovens que, aparentemente, teriam 18 anos ou mais e, no entanto, tinham quase 14 anos. Estavam, portanto, na situação "infraidade" de 14 anos.

Acho que há uma evolução. Respeito a posição do eminente Colega que se manifestou há pouco, Sr. Min. Sebastião Reis Júnior, que fez um belo trabalho, mas ainda ficaria na linha do meu passado no sentido de entender que é relativo, que se tem de examinar caso a caso.

Acompanho, portanto, o voto da Sra. Ministra relatora, acolhendo os embargos de divergência para fixar o entendimento de que a presunção trazida no revogado art. 224 tem o caráter relativo.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Adilson Vieira Macabu* (desembargador convocado do TJRJ) (relator): Sr. Presidente, desde há muito tenho decidido assim no meu Tribunal, no Rio de Janeiro, e entendo que não podemos ser inflexíveis à realidade social. O Brasil é um País de grandes dimensões e inúmeros paradoxos. Admitir, nos dias de hoje, como um dogma, que essa presunção é absoluta, seria nos distanciarmos um pouco dessa realidade.

Em matéria de direito, especialmente em Direito Penal, as questões devem ser analisadas tendo em vista o caso concreto, porque o problema não é, apenas, de segurança jurídica, mas, antes de tudo, de justiça. E o nosso dever, respeitando as opiniões divergentes, é buscar a efetivação da melhor justiça.

Quanto à questão da legislação infraconstitucional, interessante e necessário é enfatizar que as competências do STJ e do STF estão delineadas na Constituição Federal. Elas refletem a vontade do legislador constituinte. Se a competência do STJ consiste, basicamente, em dirimir controvérsias em matéria de legislação infraconstitucional, a isso não podemos nos furtar, vez que temos o dever constitucional por destinação do legislador constituinte. O STF não tem hierarquia sobre o STJ nas matérias que lhes são afetas. A mais alta Corte do país analisa a questão constitucional.

O art. 102 da Constituição prevê: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente – o advérbio, precipuamente, todos sabemos, antes de tudo – a guarda da Constituição".

Portanto, não podemos nos furtar a analisar matéria infraconstitucional. O que não se pode é querer, ao decidi-la, fazer prevalecer códigos obsoletos, embora muito bem elaborados para a época em que foram aprovados, mas fora do contexto da realidade atual, ainda mais quando contrariam, efetivamente, a Constituição.

Ressalte-se que os Códigos Penal e de Processo Penal não podem se opor à Lei Fundamental, embora tudo leve a crer que no Brasil ainda não se chegou a um entendimento mais uniforme. Assim, reafirmo que não é cabível, em hipótese alguma, aplicar uma norma infraconstitucional em contrariedade à Constituição.

Mas, no caso, não há oposição à norma constitucional. Ao contrário, o seu fim social, em qualquer princípio de hermenêutica de aplicação da lei, é, justamente, buscar a efetivação da justiça.

De sorte que, pedindo vênia aos que sustentam posições distintas, – e há argumentos muito bem fundamentados para fazê-lo – eu diria o que foi mencionado há pouco usando as palavras do poeta francês Boileau: "*Tiens toi a ton sujet*" (cada um fica na sua área), ou seja, trata-se de legislação infraconstitucional e temos o dever de julgá-la e interpretá-la. O STF pode decidir como quiser, mas não há inconstitucionalidade em reconhecer, principalmente nos tempos atuais, que essa presunção é relativa.

É como voto.

Acompanho o voto da Sra. Ministra relatora, acolhendo os embargos de divergência para fixar o entendimento de que a presunção trazida no revogado art. 224 tem o caráter relativo.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.ª Seção; número do registro: 2011/0099313-2; EREsp 1.021.634/SP; matéria criminal; números de origem: 10185963, 18703, 200800032011, 2360120030090653; pauta: 10.08.2011; julgado: 23.11.2011; segredo de justiça; relatora: Exma. Sra. Min. Maria Thereza de Assis Moura; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Jorge Mussi; Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. Julieta E. Fajardo C. de Albuquerque; secretária: bel. Vanilde S. M. Trigo de Loureiro.

Autuação – Embargante: I. A. F.; advogado: Vitor Eduardo Tavares de Oliveira e outro(s); embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

Assunto: Direito Penal – Crimes contra a dignidade sexual – Estupro.

Certidão – Certifico que a E. 3.ª Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Min. Sebastião Reis Júnior acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Min. Gilson Dipp, acolhendo os embargos de divergência para considerar absoluta a presunção de violência, e o voto do Sr. Min. Marco Aurélio Bellizze, declarando-se apto a votar, acompanhando a relatora, e os votos dos Srs. Ministros Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJRS) e Adilson Vieira Macabu (desembargador convocado do TJRJ) no mesmo sentido, a Seção, por maioria, acolheu os embargos de divergência para considerar relativa a presunção de violência, nos termos do voto da Sra. Ministra relatora. Vencidos os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Marco Aurélio Bellizze, Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJRS) e Adilson Vieira Macabu (desembargador convocado do TJRJ) votaram com a Sra. Ministra relatora.

Vencidos os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Gilson Dipp e Laurita Vaz.

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

## B) COMENTÁRIO

Trata-se de acórdão proferido pela 3.ª Seção do STJ, versando sobre a violência presumida prevista no revogado art. 224, *a*, do CP, no qual restou decidido, por maioria de votos, dever tal presunção ser relativizada conforme o caso concreto, cedendo diante de situações em que reste demonstrada a inexistência de violação do bem jurídico tutelado pela norma incriminadora.

Conforme entendeu a relatora, Min. Maria Thereza de Assis Moura, acompanhada pelos Ministros Og Fernandes, Marco Aurélio Bellizze, Vasco Della

Giustina e Adilson Vieira Macabu, não é admissível preconizar a ideia de presunção absoluta de violência no exercício da sexualidade com adolescentes menores de 14 anos quando a própria realidade afasta o injusto da conduta do acusado. Nesse sentido, destacou-se a necessidade do Direito Penal amoldar-se às mudanças sociais, notadamente no campo sexual, haja vista as diferenças na educação e desenvolvimento dos jovens, o que já fora apontado inclusive por Nélson Hungria na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, ao tratar da ficção legal de violência no caso de adolescentes. De outro lado, observou-se a imprescindibilidade de exame do ordenamento jurídico como um todo, de modo a compatibilizar o Código Penal com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que diferencia crianças e adolescentes, responsabilizando estes últimos pela prática de atos infracionais, com aplicação de medida socioeducativa.

Em direção oposta ao voto vencedor, os Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior entenderam pelo caráter absoluto da presunção de violência em matéria penal sexual, em razão de: (a) ser manifesta a prevalência da orientação jurisprudencial adotada nesse sentido, inclusive no âmbito do STF; (b) tal orientação do STF, em matéria constitucional de sua estrita competência, dever ser seguida pelos demais Tribunais; (c) ao prevalecer o entendimento da presunção de violência como relativa, acabar-se-ia por converter a vítima de estupro em ré, reprovando-a em seu comportamento; (d) salvo em casos excepcionais expressamente previstos, a conduta da vítima apenas poder ser considerada como circunstância judicial para a fixação da pena-base, não se prestando à exclusão de tipicidade; e (e) a norma do art. 224 do CP estabelecer um dever geral de abstenção, nos termos do mandado expresso de criminalização prescrito no art. 227, § 4.°, da CF/1988.

As posições contrapostas manifestas na decisão em exame materializam as dificuldades enfrentadas ainda hoje pelo Direito Penal em matéria de delitos sexuais, em razão da persistência de tabus que, embora condicionem a valoração do legislador e do aplicar do Direito, não se mostram aptos a justificar racionalmente as razões da criminalização ou da responsabilização.

Antes de mais nada, e diante da proibição contida no revogado art. 224 e atual art. 217-A do CP não constituir uma criação legislativa brasileira, havendo normas penais que tipificam práticas sexuais com crianças e adolescentes em diversos outros ordenamentos jurídicos, faz-se necessário o exame de qual seja bem jurídico a fundamentar materialmente o conteúdo do injusto penal. Nesse sentido, contrapõem-se as noções de liberdade e intangibilidade sexual na tentativa de delimitar a partir de que momento e sob que condições deve ser permitido o exercício da sexualidade com outras pessoas. Referida

contraposição advém da discussão sobre a própria noção de liberdade sexual, questionando-se se um indivíduo menor de 14 anos possui ou não autonomia para determinar seu comportamento. Nessa linha, ao se entender em geral que esses menores não possuem tal capacidade de autodeterminação, busca-se tutelar sua intangibilidade sexual,[1] protegendo-se o normal desenvolvimento de sua personalidade para que, quando sejam adultos, possam decidir livremente nessa esfera. A norma penal incriminadora partiria, então, do pressuposto de que o exercício da sexualidade com menores de 14 anos pode afetar o desenvolvimento normal da personalidade destes, produzindo alterações negativas em sua vida ou equilíbrio psíquico.

Há que se ver, porém, que tais pretensos riscos ou resultados negativos não estão empiricamente comprovados, fundamentalmente nos casos de práticas sexuais consentidas com adolescentes que possuem conhecimentos na área de educação sexual. Ao contrário, nessas hipóteses pode-se afirmar que o exercício da sexualidade é apto a favorecer o desenvolvimento psíquico e a própria afetividade em futuras relações interpessoais. De outro lado, tampouco parece possível estabelecer de modo absoluto o marco biológico inicial da capacidade de autodeterminação sexual, dentro do complexo processo de desenvolvimento físico e psicológico do adolescente. Dessa forma, a eleição de um determinado limite etário mínimo acaba por identificar-se com um juízo apriorístico muitas vezes não condizente com a realidade social.[2]

A par de tais críticas, parece necessário, de todo modo, o estabelecimento de limites racionais do que se pretende punir nos casos de práticas sexuais envolvendo menores de 14 anos. Nesse contexto, a noção de intangibilidade sexual revela-se positiva nas hipóteses em que não seja possível vislumbrar a capacidade concreta de autodeterminação do indivíduo (fundamentalmente tratando-se de crianças). Referida intangibilidade não pode, entretanto, ser confundida com ideia absoluta de proibição do exercício da sexualidade, entendida como forma de perversão, com sentido pecaminoso ou imoral, o que, no âmbito de um Estado Democrático, não poderia ser objeto de intervenção do Direito e menos ainda da intervenção jurídico-penal. Retomando-se a dicotomia entre liberdade e intangibilidade sexual, verifica-se que esta última apenas pode prevalecer quando ausente a primeira, isto é, somente é possível justificar a proteção penal da intangibilidade sexual de menores de 14 anos

1. No mesmo sentido, sobre o estabelecimento da intangibilidade sexual como bem jurídico afetado nesse caso, v. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte especial.* 15. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 206 e ss.

2. Da mesma forma, v. MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 206 e ss.

quando estes não puderem exercer sua autodeterminação sexual. Nesse sentido, para que a liberdade e a intangibilidade sexuais possam desempenhar alternadamente sua função na análise do conteúdo material do delito, exige-se que a construção típica permita a valoração concreta da realidade no âmbito comunicativo social. Tal raciocínio leva à conclusão da não admissibilidade da adoção de presunções absolutas em matéria penal sexual, possibilitando-se ao operador do Direito a análise do caso concreto, o que, é importante ressaltar, não torna os adolescentes e crianças desprotegidos, mas, antes, materialmente respeitados em sua dignidade.

Sob outro prisma, deve-se analisar a preocupação materializada na Constituição Federal de 1988 com as crianças e adolescentes, com o fim de proteger o desenvolvimento de tais indivíduos, conforme mencionado em diversos trechos da decisão em estudo. Nessa linha, chama especial atenção a previsão constitucional expressa de punição severa do abuso, violência e exploração sexual de menores de 18 anos (art. 227, § 4.°, da CF/1988). O cuidado a ser tomado aqui relaciona-se à compreensão da força normativa da Constituição no sentido de influenciar a intervenção penal.

Analisando-se o texto constitucional a partir de sua unidade, verifica-se que antes de mais nada os valores, princípios e objetivos ali expressamente estabelecidos – inclusive na esfera penal – devem relacionar-se ao próprio fundamento democrático conferido ao Estado. Assim, é justamente a observância a essa natureza democrática e personalista do Estado brasileiro que impede uma leitura meramente positivista quanto à pretensa obrigatoriedade de tipificação penal a partir da Constituição. Na verdade, a interpretação constitucional remete a um circuito hermenêutico complexo, que compreende de modo dinâmico diversas manifestações concretas do ordenamento jurídico, bem como diferentes agentes relacionados à política do Direito, com o fim de estabelecer critérios específicos para o balanceamento de interesses sociais sobre os quais incidem as prescrições constitucionais.[3] Apenas sob tal enfoque as prescrições constitucionais na esfera penal podem materializar-se de modo producente no âmbito político-criminal. Por isso, embora seja uma relação de relevância, o vínculo entre a Constituição e o Direito Penal não pode ser tomado de forma piramidal positivista e, assim, determinante em sentido absoluto, mesmo no âmbito dos denominados "mandados explícitos de criminalização".

3. Cf. MANES, Vittorio. *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, critério ermeneutico, parâmetro di ragionevolezza*. Torino: G. Giappichelli Ed., 2000. p. 161-162.

A maior dificuldade na crítica à concepção constitucional fundamentadora do Direito Penal reside na constatação de que o núcleo das prescrições constitucionais expressas em matéria penal em geral representa interesses fundamentais, cuja transposição ao âmbito jurídico-penal parece ser uma decorrência lógica e, por isso, automática, tal como o exemplo do art. 227, § 4.º, da CF/1988. De fato, a efetiva relevância social dos interesses relacionados às crianças e adolescentes, expressos no mencionado dispositivo constitucional, acaba, por si só, tornando-os merecedores de tutela penal. Nesse sentido, parece ser logicamente acertada a ideia de obrigação constitucional de criminalização. De outro lado, verifica-se que a Constituição não estabelece como deve ocorrer a proteção penal de tais interesses.[4] Assim, o equívoco está justamente no processo lógico-formal de transposição automática e a todo custo do preceito constitucional à esfera penal, que impede o exame acerca do acerto político-criminal da tutela determinada que, por isso, acaba assumindo um caráter moralizante.

Dessa forma, tomando-se a indicação expressa no texto constitucional da proteção de crianças e adolescentes contra abuso, violência e exploração sexual ainda dentro dos princípios fundamentais que regem o Direito Penal, dentre os quais os da intervenção penal mínima, o da ofensividade e o da culpabilidade, cabe considerá-la como indicação para a possível atuação do legislador ordinário, a ser sopesada conforme a efetiva necessidade e utilidade social de tutela penal, no âmbito de um determinado contexto da realidade, e nos casos de maior gravidade, em que não seja suficiente a utilização de outros instrumentos informais e formais de controle.

Com efeito, justamente em consonância com sua carga principiológica própria, o Direito Penal assume autonomia para o estabelecimento de ilhas de proteção ou zonas específicas de injusto, afastando-se do papel de mero instrumento sancionador de outros ramos do Direito e da própria Constituição. Por isso, diferentemente dos objetivos constitucionais, a intervenção penal não deve assumir uma função meramente promocional, como mecanismo de pretensa transformação social. Conclui-se, assim, que embora a preocupação com a proteção e o desenvolvimento da criança e do adolescente seja matéria constitucional, a discussão quanto às formas e condições de tal proteção na esfera penal deve ganhar autonomia, permitindo-se ao legislador penal a tutela subsidiária da intangibilidade ou da liberdade sexuais, quando estas forem concretamente afetadas em práticas envolvendo indivíduos menores de 14

4. Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-docência, São Paulo, USP, 2010, p. 52.

anos. O que não cabe ao Direito Penal é proibir de forma absoluta o exercício da sexualidade, impedindo que adolescentes com capacidade de autodeterminação sexual possam se desenvolver socialmente.

Finalmente, cabe ressaltar que a relativização da presunção de violência contida no revogado art. 224 do CP não poderia ser confundida com o julgamento moral do comportamento da pretensa vítima do delito, já que o que se busca é justamente o contrário, ou seja, respeitar tal indivíduo no exercício de sua liberdade sexual. Na verdade, a confusão entre o que seja o estabelecimento de limites racionais ao Direito Penal com o julgamento moral de um adolescente que exerce sua sexualidade é que revela uma concepção moralista do sexo, da afetividade e da própria legitimidade da intervenção penal. Afirmar que um indivíduo tem conhecimento e capacidade suficientes para se autodeterminar no âmbito sexual não significa atribuir-lhe um comportamento negativo ou pervertido. Justamente por isso, a análise do comportamento da vítima mostra-se fundamental no exame da tipicidade da conduta imputada, haja vista que ela não é mero objeto do delito, mas, sim, sujeito que participa de uma relação social, podendo, em casos concretos determinados, decidir com liberdade na esfera sexual.

Sem dúvida, o Direito Penal deve evoluir no campo sexual e a jurisprudência desempenha papel fundamental nesse sentido. Aliás, a evolução do Direito dá-se por meio de mudanças de concepções por aqueles que têm coragem de enfrentar posicionamentos tradicionalmente aceitos. Por isso, merecem especial admiração os "obstinados" que compõem as Cortes brasileiras, os quais, insistindo em suas posições minoritárias, talvez sejam os grandes motores desse processo evolutivo.

---

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência, de Márcio Bartoli – *RT* 678/410;
- A presunção de violência nos crimes sexuais (enfoque crítico) – I.ª parte, de Luiz Flávio Gomes – *RBCCrim* 15/158; e
- Análise crítica da presunção de violência nos crimes sexuais, de Santiago Fernando do Nascimento – *RT* 880/394.

## Veja também Jurisprudência

- Descaracterização de estupro de menor de 14 anos em razão da vulnerabilidade relativa da vítima: *RT* 912/838; e
- Estupro de vítima menor de 14 anos não caracterizado por conter provas nos autos de que a adolescente consentiu a prática do ato sexual: *RT* 847/590.