60310

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 96 • maio-jun. / 2012

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 96 • maio-jun. / 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, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luís Greco, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS – Adolfo Ceretti, Alejandro Aponte, Anabela Miranda Rodrigues, Ana Isabel Pérez Cepeda, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos Maria 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. 96 • maio-jun. / 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. 96 • maio-jun. / 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.

Diretor responsável
ANTONIO BELINELO

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: [06-2012]
Profissional
Fechamento desta edição: [06.06.2012]



IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2011/2012

Diretoria Executiva

Presidente
Marta Saad

1.º Vice-Presidente
Carlos Vico Mañas

2.º Vice-Presidente
Ivan Martins Motta

1.º Secretária
Mariângela Gama de Magalhães 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 Luís 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

Internet
João Paulo Martinelli

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

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

Presidentes das Comissões Especiais

Amicus Curiae
Heloisa Estellita

Código Penal
Renato de Mello Jorge Silveira

Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais
Ana Lúcia Menezes Vieira

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 (Rio Grande do Norte e Paraíba) – Oswaldo Trigueiro Filho

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

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

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

Coordenadorias Estaduais

1.º Estadual (Ceará) – Patrícia de Sá Leitão e Leão

2.º Estadual (Pernambuco) – André Carneiro Leão

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

4.º Estadual (Minas Gerais) – Guilherme Henrique Souza e Silva

5.º Estadual (Mato Grosso do Sul) – Marco Aurélio Borges de Paula

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

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

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

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

10.º Estadual (Alagoas) – Ivan Luís Marques da Silva

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

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

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

SUMÁRIO

TEORIA GERAL

1. ¿Es anacrónica la teoría del delito de cuño alemán?
JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ 13

2. La teoría del delito en la *Aproximación al derecho penal contemporáneo* de Jesús-María Silva Sánchez
RICARDO ROBLES PLANAS 35

3. Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía. Algunas reflexiones desde la perspectiva española
MANUEL CANCIO MELIÁ 53

4. Os fundamentos do direito penal e sua relação com a racionalidade legislativa
BRUNA MARTINS AMORIM DUTRA 75

5. Aspectos fundamentais da autoria mediata nos crimes culposos
LUCIANA DE OLIVEIRA MONTEIRO 97

6. Os desafios postos pelo direito europeu à defesa penal na Alemanha – Uma perspectiva brasileira
SABINE GLESS
Traduzido e complementado por LUCIANA GOULART QUINTO 131

7. Os critérios utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena
HÉLIO BOTELHO PIOVESAN 173

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

1. Principales rasgos dogmáticos y político-criminales del derecho penal del narcotráfico en Colombia
JUAN PABLO MONTIEL 205

2. Crimes contra as relações de consumo: a necessidade de perícia técnica para comprovar a impropriedade dos produtos com prazo de validade vencido
VERÔNICA ABDALLA STERMAN 225

3. Exigências de proteção do ambiente na sociedade de risco
CLÁUDIO RIBEIRO LOPES 251

PROCESSO PENAL

1. Investigação defensiva no processo penal
DIOGO MALAN 279

CRIME E SOCIEDADE

1. Juiz-secretário de segurança pública. Breve ensaio sobre o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial em matéria criminal na realidade periférica
ANTONIO PEDRO MELCHIOR 313

2. O papel do Ministério Público na prevenção de crimes: breve abordagem sobre a legitimidade do *Parquet* na promoção de políticas públicas que visem reduzir a prática de delitos
SHEILLA MARIA DA GRAÇA CDITINHD DAS NEVES 343

DIREITO PENAL ECONÔMICO

1. A responsabilidade penal da pessoa jurídica
ALINE BARANDAS 385

DIRETO INTERNACIONAL

1. Dever de punir e os interesses da Justiça. A posição do Tribunal Penal Internacional frente ao conflito de Uganda
MARIANA TUMBIOLO TDSI 427

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

1. Acórdãos

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESTELIONATO - Advogada que obtém o levantamento indevido de valores em ação judicial - Exercício do direito de ação, eminentemente dialético, que é incompatível com a ideia de ardil ou engodo, que enseje erro de magistrado
Resenha por HELENA REGINA LOBO DA COSTA 469

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

LAVAGEM DE DINHEIRO - Agente que não oculta ou dissimula fruto de delito contra o Sistema Financeiro Nacional
Resenha por PAULO VICTOR FREIRE RIBEIRO 480

RESENHAS

1. *TRIBUNAL DO JÚRI*, DE GUILHERME DE SOUZA NUCCI

Resenha por FILIPE VERGNIANO MAGLIARELLI 495

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 499

TEMAS 500

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 505

60311

¿Es anacrónica la teoría del delito de cuño alemán?

1

Is the german theory of crime anachronistic?

Jesús-María Silva Sánchez

Catedrático de Direito Penal na Universidade Pompeu Fabra, Barcelona.

Área do Direito: Penal

Resumen: El artículo comienza con el cuestionamiento sobre el futuro de la teoría alemana del delito, en tiempos de europeización y globalización del derecho penal. Respondiendo a las principales críticas sobre el tema, que la teoría del delito sería nacional, no democrática e inadecuada al proceso, el trabajo demuestra la falta de fundamento científico de tales afirmaciones. Concluye que la sistemática de origen alemán del delito es el modelo más desarrollado de imputación jurídico-penal y que, por esa razón, no habría ninguna motivación científica para renunciar a ella. Sin embargo, esta teoría del delito puede ser mejorada y adaptada al desarrollo histórico. Con este lineamiento, el artículo destaca la importancia de proceder a una apertura del sistema superando la rigidez binaria de sus categorías, así como a una integración de las reglas para determinar la sentencia.

Palabras clave: Teoría del delito – Sistema penal – Sistema integral del delito – Globalización y europeización.

Abstract: The article begins by challenging the future of the German theory of crime, during the Europeanization and globalization of criminal law. In response to the main criticisms on the issue, that the theory of crime would be national, non-democratic and inadequate to the process, this paper demonstrates the lack of scientific support of such statements. It concludes that the normative theory of crime of German origin is the most developed model of legal-criminal allocation; therefore, there would be no scientific motivation to renounce to it. Nevertheless, such theory of crime may be improved and adapted to historical development. Thus, the article highlights the importance of an opening of the system, overcoming the binary rigidity of its categories, as well as an integration of rules to determine the sentence.

Keywords: Theory of crime – systematic theory – Complete system of crime theory – globalization and Europeanization.

SUMÁRIO: I. Introducción – II. ¿Es la dogmática "alemana" del Derecho penal "nacional", "no democrática", "inadecuada al proceso"?: II.1 ¿Es la dogmática un modo "nacional" de proceder con el Derecho penal?; II.2 ¿Sistemática de la teoría del delito o equivalencia de métodos de abordaje del Derecho penal?; II.3 Ciencia y democracia; II.4 Derecho material y proceso penal – III. Sobre algunos de los problemas actuales de la sistemática del delito: III.1 Conceptualismo, afán clasificatorio y binariedad; III.2 "*Déficits* de sistematización": III.2.1 Introducción; III.2.2 Fundamentos; III.2.3 El sistema integral del delito – IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Todo parece indicar que el inicio del S. XXI ha traído consigo una tercera crisis de la dogmática moderna del Derecho penal. La primera de ellas tuvo lugar a finales del siglo XIX, cuando la *Escuela Clásica* hubo de enfrentar la crítica de la *Dirección Moderna*. La segunda, en los años sesenta del pasado siglo, cuando se reprochó al debate entre el causalismo y el finalismo que alejaba irreversiblemente a la dogmática de la realidad social. La diferencia entre aquellos dos momentos y el presente radica en que en ellos la crisis de la dogmática acompañaba a una crisis general del Derecho penal. Era la propia lógica de éste, en efecto, la que se ponía en cuestión tanto desde la propuesta preventivo-especial de la Dirección Moderna, como desde la perspectiva abolicionista de los sesenta. En cambio, en la crisis del presente no se discute el Derecho penal. Éste, por el contrario, goza de una sorprendente reputación como instrumento de resolución de conflictos sociales. Más bien, parece que, si se critica la dogmática sistemática de cuño alemán, ello es precisamente -al menos en parte- porque el notable refinamiento de ese modelo obstaculiza una aplicación más expeditiva de los enunciados legales jurídico-penales.[1]

La primera de las crisis de la dogmática se salvó, como es notorio, dando lugar precisamente al desarrollo de la teoría del delito de cuño *lisztiano* que sigue ampliamente en la base de la doctrina dominante. De la segunda daba cuenta *Welzel*, cuando, en 1972, se lamentaba de que para no pocos penalistas alemanes de aquella época el "pecado original de la ciencia alemana

1. VOLK, Vom Ausssterben bedroht: Die klassische Dogmatik des Allgemeinen Teils, en: PIETH; SEELMANN (Hrsg.), *Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht. Kolloquium zum 70. Geburtstag von Detlef Krauß*, Basel/Genf/München, 2006, p. 89 y ss., p. 90-91, donde indica que el "exageradamente refinado microcosmos del sistema, en sus diferenciaciones, ya no se adapta al macrocosmos de la criminalidad" o que la dogmática no se corresponde con las tendencias legislativas a equiparar tentativa y consumación, a unir autoría y participación o a hacer desparecer las fronteras entre dolo e imprudencia.

del Derecho penal" radicara precisamente en su teoría sistemática del hecho punible.[2] Según las críticas vertidas por aquel entonces, la dogmática alemana del delito sería "idealista" en la medida en que era cultivada como "arte por el arte", sin considerar suficientemente las aportaciones de las modernas ciencias sociales; pero también sería "reaccionaria", al pretender conformar un espacio ideológicamente neutro, al margen de las dimensiones ética y política del delito; entre otros reproches.[3]

En clara oposición a estas voces, *Welzel* exhortaba a la ciencia penal alemana a "no echar temerariamente por la borda las aportaciones alcanzadas por su dogmática ni hacerlas caer en el olvido". Y llamaba expresamente la atención sobre las palabras de *Gimbernat*: "En la medida en que la dogmática del Derecho penal traza fronteras y construye conceptos, posibilita una aplicación segura y previsible del Derecho penal y lo sustrae a la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación".[4] Por aquel entonces, en concreto en 1970, *Roxin* publicaba su *Política criminal y sistema del derecho penal*, un texto que constituyó sin duda el punto de partida de una refundación de la teoría del delito adecuada a los tiempos.[5]

II. ¿ES LA DOGMÁTICA "ALEMANA" DEL DERECHO PENAL "NACIONAL", "NO DEMOCRÁTICA", "INADECUADA AL PROCESO"?

Como es notorio, la aparente crisis de los años sesenta y setenta del pasado siglo fue superada de modo manifiesto por la teoría del delito de cuño alemán. Cabe incluso afirmar que en el último tercio del siglo XX ésta experimentó un renacimiento de la mano de los modelos normativistas. En el ámbito iberoamericano esto constituye una realidad innegable: nunca se escribió tanto sobre el sistema de la teoría del delito, nunca se tradujeron tantos textos,[6] nunca se impartieron tantas conferencias sobre el tema como en las dos últimas décadas.

---

2. Zur Dogmatik im Strafrecht, en: *Festschrift für R. Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, p. 3 y ss., 3 (= La dogmática en el Derecho penal, Trad. Finzi, en: *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, Buenos Aires/Montevideo, 2004, p. 47 y ss.).
3. *FS Maurach*, 1972, p. 4 y s.
4. Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, *ZStW*, 82 (1970), p. 379 y ss., p. 405 (= ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal, en: *Estudios de Derecho penal*, 3. ed., Madrid, 1970, p. 140 y ss).
5. La edición española es de 1972.
6. Cfr. en los últimos años, por ejemplo, la traducción del libro de WOLTER; FREUND (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*,

Sin embargo, en los tiempos actuales de europeización o incluso globalización del Derecho penal, algunos penalistas alemanes tienden de nuevo a afirmar que la sistemática del delito de origen alemán no tiene futuro. Las razones que se esgrimen son que aquélla es "nacional", "no democrática" o "inadecuada al proceso".[7] En este sentido, escribía *Vogel*, de modo paradigmático, lo siguiente: "(...) aunque existiera una mejor dogmática nacional del Derecho penal e incluso aunque ésta se debiera al pensamiento sistemático de cuño alemán, no sería correcto en términos normativos ni funcionales trasladarla sin reparo al Derecho penal europeo (...). Desde la perspectiva de la Unión Europea todos los ordenamientos jurídicos nacionales deben ser reconocidos como equivalentes, lo que implica que también los respectivos métodos de manejo del Derecho penal deben ser reconocidos asimismo como equivalentes".[8] Añadiendo todavía más: "(...) una ciencia europea del Derecho penal que se sienta vinculada por el principio democrático tiene el deber de ser mediadora y traductora en el discurso político-criminal existente entre las instituciones europeas, por un lado, y la concepción política de la opinión pública europea, por el otro. A esta función no se adecua una ciencia del Derecho penal que se fortifica en la torre de marfil de discursos dogmáticos, inaccesibles a la visión política de la opinión pública".[9]

II.1 ¿Es la dogmática un modo "nacional" de proceder con el Derecho penal?

Una vez superadas las premisas fundamentales de la concepción positivista de la dogmática, según la cual a ésta le correspondería la interpretación y sistematización de los enunciados legales entendidos como "dogmas",[10] ha

---

Heidelberg, 1996 (= *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid/Barcelona, 2004), con cuya ocasión efectué una primera aproximación a las cuestiones que aquí se analizan.

7. Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik, *GA* 2002, p. 517 y ss., p. 524 (= Política criminal y dogmática penal europeas, Trad. Nieto Martín, *RP* 11, 2003, p. 138 y ss.). Cfr. también VOLK, en PIETH; SEELMANN (Hrsg.), *Prozessuales Denken*, p. 91.
8. Ídem, ibídem.
9. *GA* 2002, p. 534. Critica con razón estas opiniones, SCHÜNEMANN, Ein Gespenst geht um in Europa –Brüsseler "Strafrechtspflege" intra muros– *GA* 2002, p. 501 y ss., p. 511.
10. Esta visión ni siquiera es compartida por quienes sostienen que el Derecho positivo sí es el objeto de la dogmática. Como con razón se advierte, tal representación tiene más que ver con la concepción teórica que los filósofos del Derecho del S. XIX tenían de la dogmática que con lo que realmente hacen los juristas dogmáticos. Cfr. BOVINO;

sido un lugar común hasta hoy sostener que la dogmática de la teoría del delito no tiene por objeto un Derecho positivo dado. De modo que no se trata de una doctrina "nacional".[11] Por el contrario, se considera que es una disciplina que tiene que ver con la construcción, reconstrucción y sistematización de reglas para llevar a cabo una imputación de responsabilidad penal conforme a Derecho, segura e igualitaria.[12] Así pues, un determinado ordenamiento jurídico-penal nacional, positivo, no constituye el objeto de la dogmática de la teoría del delito, sino sólo el límite de su construcción *de lege lata*.

Desde este punto de vista, la dogmática de la teoría del delito de cuño alemán no puede contemplarse como una peculiaridad nacional, sino como un producto científico que, como cualquier otro, muestra una fundamental dimensión supranacional. Lo señalado es de aplicación, en primer lugar, a la por algunos denominada "protodogmática", esto es, a aquella parte de la dogmática jurídico-penal que se ocupa del análisis axiológicamente neutro de las estructuras de imputación. En efecto, ha sido reconocido de modo general que existen no pocos enunciados dogmáticos que muestran un carácter cuasilógico o, al menos, axiológicamente neutro. Para ponerlo de relieve no es preciso remitirse ni a la vieja doctrina del naturalismo ni a la del finalismo (con su axioma fundamental de la existencia de estructuras lógico-objetivas).[13]

COURTIS, Por una dogmática conscientemente política, *AFD*, XVII, 2000, p. 179 y ss., p. 195. Y esto en lo que respecta a la dogmática de la Parte Especial. La dogmática de la teoría del delito muestra una desvinculación absolutamente radical de ese modelo.

11. Sobre el origen de la dogmática jurídico-penal en las teorías del Derecho natural racionalista del sigo XVII y, en especial, en la teoría de la imputación de Pufendorf, especialmente, HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación* (ed. Sánchez-Ostiz), Navarra 2005. Convincente PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin, 2002, p. 7: "Es su carácter de ciencia lo que lleva a la dogmática jurídico-penal más allá de la positividad de su material. Formulado a modo de paradoja: como ciencia del Derecho positivo (*des positiven Rechts*), la dogmática jurídico-penal no puede ser exclusivamente una ciencia desde el Derecho positivo (*vom positiven Recht*)".

12. NEUMANN, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, en: PRITTWITZ; MANOLEDAKIS (eds.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, Baden-Baden, 2000, p. 119 y ss., p. 119.

13. WELZEL, Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, 1964, en: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York, 1975, p. 345 y ss. También KÜHL, *ZStW*, 109 (1997), p. 777 y ss., p. 787: "En la parte general también puede haber un ámbito nuclear en el que, tras la opción fundamental del legislador por un Derecho penal del hecho, realidades ónticas y estructuras lógico-objetivas hagan posibles enunciados científicos universales; incluso, no se puede descartar a priori la existencia de realidades jurídico-naturales indisponibles".

También algunas líneas del pensamiento jurídico-penal moderno tienen la pretensión de construir una dogmática "more geometrico",[14] cuyos enunciados describan y analicen las estructuras de la imputación.[15] Y debería estar claro que a tales enunciados no cabe oponer en ningún caso "excepciones culturales".

Sin embargo, resulta asimismo cierto que la dogmática de la teoría del delito no se puede reducir a sus aspectos lógico-estructurales,[16] sino que aquélla también se ocupa de cuestiones de contenido que no pueden considerarse indisponibles: dicha teoría es, sin duda, una teoría jurídica normativa.[17] Por tanto, el contenido de los conceptos de la dogmática de la teoría del delito, como teoría de la imputación, no es el producto de una determinación neutra, sino que depende de una serie de decisiones ético-normativas y de política del Derecho penal.[18] Así pues, la cuestión fundamental de la teoría del delito es también la que se pregunta por el sentido de una conducta a los efectos de una correcta imputación y atribución de responsabilidad penal.[19] Y para esa pregunta no existe una respuesta dogmática independiente de los juicios éticos o jurídico-políticos, neutral en términos valorativos o teleológicos.

Sin embargo, que las cosas sean así no debe conducir a la errónea identificación de la teoría del delito con algún género de nacionalismo o

14. Esto es, al modo de los enunciados de la geometría.

15. El ejemplo más prominente en Hruschka, ¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?, en: *Imputación*, p. 251 y ss.

16. KÜHL, Europäisierung der Strafrechtswissenschaft, *ZStW* 109 (1997), p. 777 y ss., p. 787, reconoce que "la extensión de este ámbito indisponible, que solamente se trata de conocer, seguro que no (es) de una amplitud tal que abarque todas las reglas necesarias de imputación de la parte general".

17. ZACZYK, Was ist Strafrechtsdogmatik?, *Festschrift für W.Küper zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2007, p. 723 y ss, p. 726, donde atribuye a la dogmática la "aportación de una contribución propia a la realización del Derecho justo" (einen eigenen Beitrag zur Verwirklichung gerechten Rechts), añadiendo que la ley no puede ser el único material de la dogmática, sino que ha de haber un fundamento más profundo del Derecho, desde el que tanto la legislación misma como también la dogmática resulten explicables.

18. Cfr. NAUCKE, *Grundlinien einer rechtsstaatlich praktischen allgemeinen Straftatlehre*, 1979, p. 13, p. 14 y passim. Como PAWLIK, *Notstand*, p. 30 y s., pone de relieve, "la axiología sin la dogmática está vacía, pero la dogmática sin la axiología está ciega". Cfr. también BOVINO; COURTIS, *AFD*, XVII, 2000, p. 202-203.

19. Cfr. HASSEMER, Person, Welt und Verantwortlichkeit. Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht, *Festschrift für G Bemman*, Baden-Baden, 1997, p. 175 y ss, p. 175.

provincianismo. Los contenidos de las reglas de imputación de la sistemática de la teoría del delito, aunque no tengan carácter universal, sí superan desde luego los estrechos márgenes de las fronteras.[20] Prueba evidente de ello es la acogida de las estructuras así como de los contenidos de la sistemática del delito de origen alemán en tantos países. De ahí que, personalmente, me resista abiertamente a hablar de una sistemática "alemana" del delito. El sistema de la teoría del delito de origen alemán no es ya en nuestros días una cuestión nacional alemana, como tampoco constituye el ejemplo de un supuesto imperialismo científico alemán. En el ámbito de la doctrina del Derecho penal debe ser contemplado, más bien, como el ejemplo paradigmático de la supranacionalidad de toda ciencia digna de tal nombre.[21] Más cuestionable es si acaso los profesores alemanes de Derecho penal son realmente conscientes de ello y obran en consecuencia.[22]

II.2 ¿Sistemática de la teoría del delito o equivalencia de métodos de abordaje del Derecho penal?

Quienes pretenden desacreditar la dogmática del delito de cuño alemán como mero "producto nacional" parten de que debe apreciarse la existencia de una equivalencia de los distintos métodos nacionales de manejo del Derecho penal. Sin embargo, tal equivalencia no existe. Desde luego, no existe especialmente si se compara la dogmática del delito con otros métodos de abordaje normativo del hecho punible.[23] Frente a la dogmática del delito como disciplina de la construcción, reconstrucción y sistematización de reglas de imputación no existe más que una alternativa: la "justicia del cadí", que, sin embargo, no es aceptada como tal por nadie; y con razón.[24]

---

20. Cfr. NEUMANN, en: PRITTWITZ; MANOLEDAKIS (Hrsg.), *Strafrechtsprobleme*, p. 129-130.
21. Cfr. en contra FLETCHER, Comparative Law as a Subversive Discipline, 46 *Am. J. Comp. L.* 1988, p. 690: "El rasgo llamativo del debate jurisprudencial americano es el provincianismo"; y p. 697: "El Derecho alemán ha tenido una carrera más imperialista". Pero, como subraya PAWLIK, *Notstand*, p. 6, "La dogmática jurídico-penal solamente realiza su pretensión de cientificidad mediante la construcción de un sistema".
22. De un "provincianismo consciente de la literatura alemana" habla FLETCHER, Deutsche Strafrechtsdogmatik aus ausländischer Sicht, en: ESER; HASSEMER; BURKHARDT (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, p. 239 (= ESER; HASSEMER; BURKHARDT (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro*, Valencia, 2004).
23. WELZEL, *FS Maurach*, p. 5.
24. NEUMANN, en: PRITTWITZ; MANOLEDAKIS (Hrsg.), *Strafrechtsprobleme*, p. 119.

Ciertamente, lo anterior no significa que sólo exista una clase de dogmática. En especial debería reconocerse que no toda dogmática es una dogmática sistemática. Así, por ejemplo, en el espacio jurídico anglosajón existe, desde luego, una dogmática del delito en el sentido de que también en aquel ámbito cabe hallar reglas de imputación que discurren de modo paralelo a las que han ido elaborándose con el paso del tiempo en la tradición jurídica continental europea. Es verdad que aquí y allá los problemas planteados son los mismos y las propuestas de solución, como mínimo, análogas, aunque por descontado no idénticas. Pero cualquier planteamiento que diera cuenta sólo de las analogías entre, por ejemplo, *recklessness* y dolo eventual, entre causas de exculpación y *excuses* o entre tentativa y *attempt* estaría condenada de antemano al fracaso.[25]

Ello, porque, como se ha indicado, en la cultura jurídica anglosajona no es posible advertir ningún sistema estructurado de la dogmática del delito;[26] los conceptos y reglas de imputación son, más bien, componentes de un contexto de referencia dinámico y abierto. Esto significa que en el ámbito anglosajón, la elaboración del Derecho penal no es, evidentemente, tópica, pero tampoco sistemático-estructural.

Sin embargo, como se ha expuesto también más arriba, el pensamiento sistemático estricto de la dogmática del delito de origen alemán es el factor que fundamenta su superioridad teórica frente a otros modelos de análisis normativo del delito.[27] De este modo, en mi opinión, la sistemática del delito de

25. Cfr. una contraposición de ambos planteamientos: aquél que él caracteriza como "flat", sobre el fundamento de la "reasonableness", y el nuestro, calificado de "structured", en el trabajo clásico de FLETCHER, The Right and the Reasonable, en: ESER; FLETCHER, *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, I, Freiburg, 1987, p. 67 y ss., p. 70 y ss., p. 75.

26. El fallecido penalista y filósofo del Derecho argentino *Carlos S. Nino* comparó ambas tradiciones jurídico-penales en su tesis de Oxford, "Towards a General Strategy for Criminal Law Adjudication" (versión española: Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito, Buenos Aires, 1980). En su opinión (Los límites, p. 193), en el ámbito anglosajón sería dominante un planteamiento "intuicionista", en oposición al conceptualismo continental-europeo (p. 64 y ss.). FLETCHER, Criminal Theory as an International Discipline, en: ESER; FLETCHER, *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, II, Freiburg, 1988, p. 1595 y ss., p. 1615 y ss., tiende a un planteamiento que, por lo menos, por una parte, permite el control recíproco del nexo entre reglas y principios y, por otra, también admite las intuiciones respecto al caso concreto.

27. SCHÜNEMANN, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin 2001, p. 5 ss., p. 8 ss.; el mismo, Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, *GA* 2001, p. 205 y ss., p. 216 ss.

cuño alemán es la expresión científicamente más desarrollada de un lenguaje de la imputación y, por ello, la propuesta que merece preferencia de cara a una "gramática internacional" de la imputación. Constituiría un craso error abandonarla precisamente en el proceso de construcción de tal gramática.[28]

Ahora bien, no se trata solamente de superioridad teórica, pues, además, la sistemática eleva la homogeneidad y racionalidad de la aplicación del Derecho penal.[29] En efecto, la finalidad del sistema del delito es ordenar el Derecho positivo disperso, así como preparar y controlar una aplicación racional del Derecho mediante una clasificación aclaratoria de los conceptos e instituciones jurídico-penales.[30] Y ello, aunque con frecuencia los tribunales, abogados y fiscales apenas recurran a este sistema.[31]

Sin embargo, precisamente hoy en día se oyen cada vez más voces que ven justo en este rigor sistematizador uno de los obstáculos principales para que el modelo en el que se basa nuestra metodología de análisis del delito se pueda convertir en el fundamento de una teoría supranacional del delito.[32] Esto conduce a que autores de otros países –aunque también autores alemanes– propongan modelos de análisis más sencillos y, al tiempo, menos rigurosos.[33] Ahora bien, en mi opinión, tras esa actitud se pueden descubrir

28. Crítico, DONINI, Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra Diritto penale e politica, *RIDPP* 2001/1, p. 27 y ss., p. 49 ss., con una crítica expresa a mi planteamiento, p. 51, nota 52: "Va de suyo que si se acepta la premisa que acoge, resulta además difícil postular que el sistema de origen alemán pueda constituir con seguridad 'el fundamento de la gramática occidental del Derecho penal' (SILVA SÁNCHEZ)".

29. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 10. ed., 2002, p. 7-13.

30. Ídem, p. 7-123.

31. Ídem, ibídem.

32. DONINI, *RIDPP* 2001/1, p. 51, nota 52: "A mi modo de ver, tratándose de un lenguaje y de una gramática particularmente articulados y complejos, es necesario examinar si una estrategia inteligente del diálogo intercultural no aconseja partir de estructuras conceptuales y categorías más simples (por ejemplo, elemento objetivo/elemento subjetivo), o bien de los principios jurídicos-constitucionales o de política criminal más compartidos. Sea como fuere, me parece que la cuestión política todavía prevalece sobre la sistemática".

33. Así también VOLK, en: PIETH; SEELMANN (Hrsg.), *Prozessuales Denken*, p. 90-91, criticando el "perfeccionismo" alemán: "La dogmática alemana se ha hecho demasiado complicada. De modo que no puede ser ni aplicada ni exportada". Añadiendo que si en otros países se puede vivir sin tantas distinciones, no hay razón para que Alemania sea tomada como modelo (¡!). Cfr. la crítica de estas perspectivas en SCHÜNEMANN, *FS Roxin*, 2001, p. 7 ss., p. 9.

motivos estratégicos o extracientíficos. Por una parte, en el Derecho penal económico hay una tendencia a someter la coherencia sistemática a la presión del punitivismo moderno: así, por ejemplo, *Tiedemann* ha escrito, a propósito de un futuro Derecho penal europeo, que las "reglas" nacionales "de la parte general que son más favorables para el autor, (deberían) ser medidas y, en su caso, corregidas (...) según el criterio del Derecho de la Comunidad Europea".[34] Además, evidentemente, en tales propuestas también desempeña un papel importante la disposición al pacto, con vistas a Bruselas o Luxemburgo, con el modelo francés y británico de análisis normativo del delito.[35] Pero esto tiene más que ver con la mera política que con la discusión científica.[36]

II.3 Ciencia y democracia

En lo que se refiere a la relación entre democracia y ciencia, así como a la presunta "hostilidad hacia la democracia" del pensamiento sistemático, solamente quiero exponer brevemente mi opinión. Dudo que el "pensamiento democrático" pueda desempeñar papel alguno en la ciencia, en la cual lo genuinamente decisivo no es la mayoría de votos, sino la fuerza del mejor argumento.[37] Sin embargo, es todavía más difícil aceptar que la ciencia del Derecho penal solamente tenga adscrito el papel de mediadora y traductora en el ámbito de un discurso ajeno cuyos intervinientes sean, por una parte, las "instituciones europeas" y, por otra, la "concepción política de la opinión pública europea".[38] Está claro que un sistema del Derecho penal como el de cuño

34. EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts, *FS Roxin*, 2001, p. 1401 y ss., p. 1411, donde habría que preguntarse si el "carácter favorable para el autor" o la "hostilidad con el autor" deberían ser criterio de la gramática de la imputación.

35. Cfr. PERRON, Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?, *Festschrift für Th. Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1998, p. 227 y ss., p. 239.

36. SCHÜNEMANN, *GA* 2001, p. 218. Sobre otros ejemplos de subordinación de la ciencia a la política, SCHÜNEMANN, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, *GA* 1995, p. 201 y ss., p. 227 ss. (= *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Trad. Cancio Meliá, Bogotá, 1996).

37. Cfr. SLOTERDIJK, El desprecio de las masas, Trad. Cano, Valencia, 2002, p. 83, crítico frente a la afirmación de la "prioridad de la democracia frente a la filosofía" (o de la "prioridad de la democracia frente al arte" –p. 85–). La referencia es a RORTY, La prioridad de la democracia sobre la filosofía (1984), en: *Objetividad, relativismo y verdad*, Barcelona, 1996.

38. Así, VOGEL, *GA* 2002, p. 534.

alemán no puede desempeñar el papel de intérprete en un "diálogo político-criminal" entre Bruselas y las diferentes encuestas de opinión política. Sin embargo, la cuestión es si tal reducción de la ciencia penal es una alternativa que debe tomarse en serio, pues ello significaría negar la posibilidad de un discurso científico jurídico-penal específico en el que quienes participaran, como en cualquier ciencia, fueran los penalistas. En efecto, de este modo no solamente se perdería el sistema del delito, sino también la verdadera cientificidad de las teorías del Derecho penal. Me permito cuestionar qué clase de avance sería ese.

II.4 Derecho material y proceso penal

El anacronismo del sistema dogmático ha tratado de sostenerse también aludiendo a la dimensión procesal de las categorías. Así, se ha afirmado que la complejidad del sistema dificulta la prueba; que las categorías dogmáticas no desempeñan papel alguno en las formas consensuadas de conclusión del proceso (acuerdos, *plea bargaining*); que el Derecho penal material no proporciona una solución completa al conflicto desencadenado por el delito;[39] y que en ocasiones el proceso, sin dogmática, ya es una solución en sí mismo.

En realidad el problema de este punto de vista es que reprocha a la dogmática lo que en realidad son graves problemas político-criminales de la evolución legislativa o, sencillamente, resultan ser pseudoproblemas. Así, la idea de que la prueba de los elementos del hecho punible debe ser fácil responde a una vocación de facilitar asimismo la condena y el castigo, lo que resulta discutible en sí. En cuanto a que la dogmática no desempeña ningún papel en las formas consensuadas de conclusión del proceso, ello es tan obvio como preocupante, pues sacrifica la justicia en aras de la eficiencia y, con ello, somete la razón –o las razones– a una mera dialéctica de poder. Que el Derecho penal material no resuelve la totalidad del conflicto suscitado con ocasión del delito es asimismo claro, pero tampoco parece que con un argumento así se pueda desacreditar la evidencia de la dogmática resuelve mejor la parte de Derecho penal material que aquel conflicto con lleva (y que, por lo demás, es la central). Finalmente, que el proceso sea, en ocasiones, una solución en sí mismo, sin necesidad de llegar a la pena es también cierto; pero más cierto es que normalmente esa virtualidad del proceso se vincula a la posibilidad de emitir un juicio sobre el injusto culpable cometido por el agente. Y ello requiere evidentemente dogmática, lo más precisa y refinada posible.

---

39. VOLK, en: PIETH; SEELMANN (Hrsg.), *Prozessuales Denken*, p. 92 y ss.

Resumiendo: la sistemática del delito de origen alemán todavía es hoy en día la gramática más desarrollada de la imputación jurídico-penal.[40] No hay razón científica ni para renunciar a ella, ni para modificar sus elementos esenciales. No obstante, evidentemente es posible mejorarla, esto es, adaptarla al desarrollo histórico; en ello se debería centrar la discusión.

III. SOBRE ALGUNOS DE LOS PROBLEMAS ACTUALES DE LA SISTEMÁTICA DEL DELITO

III.1 Conceptualismo, afán clasificatorio y binariedad

Es correcta la idea de que el gran significado del sistema del delito no debe ser adulterado mediante una sobrevaloración de su dimensión constructiva. Como *Schünemann* ha aclarado en el contexto de su defensa de las innovaciones significativas de la sistemática teleológica del delito respecto a teorías anteriores, el sistema no puede ser malinterpretado en el sentido de un mero esquema de construcción o análisis.[41] El sistema es, más bien, la síntesis de las relaciones lógicas existentes entre todas las reglas del Derecho penal y, por ello, evidentemente puede, incluso sin cambiar en la superficie, desarrollarse en su estructura profunda.[42] Por esta razón, hoy se puede hablar efectivamente de cierta esterilidad de aquellos planteamientos que solamente tienen como meta llevar a cabo reordenaciones en el ámbito de las categorías y subcategorías del sistema; resulta muy difícil afirmar que tales planteamientos vayan a tener repercusiones esenciales en las soluciones

40. Categórico en este sentido, PERRON, *FS Lenckner*, 1998, p. 242: "Incluso si (....) no se pudieran evitar ciertas concesiones a otras tradiciones jurídicas, la sustancia de la sistemática científica alemana tiene una fuerza interna de convicción tan elevada que también se impondrá a nivel europeo". Por eso no tiene razón VOLK, en: PIETH; SEELMANN (Hrsg.), *Prozessuales Denken*, p. 90, cuando señala que la dogmática alemana se ha quedado atrasada en casos de criminalidad de cátedra, sin poder abordar los problemas de la criminalidad moderna. Basta observar qué problemas menciona (competencia, delegación, decisiones colegiadas) para advertir cómo éstos han sido ya estudiados en nuestra tradición dogmática con mucha mayor profundidad que en otras tradiciones jurídicas.

41. SCHÜNEMANN, en: el mismo (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin/New York, 1984, p. 1 y ss. (= *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Trad. Silva Sánchez, Madrid, 1991).

42. SCHÜNEMAN, Strafrechtssystem und Kriminalpolitik, *Festschrift für Rudolf Schmitt*, Tübingen, 1992, p. 117 y ss, p. 131.

de los casos.[43] Partiendo de esto, hay que afirmar que la insistencia en un "afán clasificatorio" nominalista es uno de los problemas esenciales a los que hoy en día tiene que enfrentarse una concepción sistemática del delito. En la medida en que la teoría del delito no tiene sólo pretensiones cognitivas, sino también fines prácticos,[44] parece claro que los sistemas cerrados y el conceptualismo no son alternativas que haya que tomar en serio.[45] La relación estructural recíproca entre unas reglas y otras sobre la base de criterios de coherencia internos no implica necesariamente modelos deductivo-axiomáticos de la sistemática del delito.

En el momento actual parece oportuno hacer referencia a que solamente en la medida en que tal pensamiento prospere, es decir, en que el sistema estructurado continúe aproximándose la praxis, puede evitarse la denominada "dogmática estéril"[46] que en los últimos tiempos preocupa con razón a la teoría y que podría conducir, en su caso, a la irrelevancia práctica del pensamiento sistemático.

Para que tal aproximación a la realidad pueda tener lugar de manera paulatina, considero especialmente importante corregir el método sistemático que se emplea normalmente, renunciando a conceptos estrictamente clasificatorios (conceptos de clase) o, por lo menos, a clasificaciones binarias.[47] Como *Radbruch* ya formulara en su época de manera irrefutable, allí donde la vida solamente ofrece un "más o menos", el concepto (clasificatorio) requiere una decisión "o bien esto o bien lo otro".[48] Esto es lo que, en la

43. Como afirma HOYER, Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung, *GA* 1996, p. 160 y ss., p. 178, el hermetismo sistémico y la pulcritud conceptual no son en sí valores para el Derecho; más bien, están al servicio de respuestas adecuadas a los tiempos.

44. Una crítica profunda del distanciamiento de la sistemática del hecho punible respecto a la legislación y la jurisprudencia ha sido formulada por NAUCKE, Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis (1972) en: *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, Frankfurt, 1999, p. 58 y ss.

45. Críticamente tanto sobre el conceptualismo naturalista como sobre el normativista, NEUMANN, en: PRITTWITZ; MANOLEDAKIS (Hrsg.), *Strafrechtsprobleme*, p. 120 y ss.

46. Cfr. al respecto SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, p. 203, p. 221 y ss.; véase también BURKHARDT, Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik, en: ESER; HASSEMER; BURKHARDT (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*, p. 111 y ss., p. 127, así como el comentario de *Muñoz Conde*, p. 199 y ss.

47. Esto es, con base en los valores alternativos 0-1.

48. RADBRUCH, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, *Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, XII, 1938, p. 46.

solución del caso, conduce a que se tienda frecuentemente a renunciar al planteamiento conceptual. Por esta razón, hay que abandonar el criterio estrictamente clasificatorio mediante "conceptos de orden",[49] aceptando que, en un objeto, una determinada propiedad puede constatarse en mayor o menor medida.[50] Este planteamiento, que en Derecho penal tiene su origen precisamente en la crítica de los neokantianos al anterior modelo binario de clasificación,[51] también se puede descubrir en la idea fundamental de la llamada *fuzzy logic*, que en Derecho penal ha sido utilizada especialmente por *Lothar Philipps*.[52]

---

49. Cfr. la interesantísima exposición de MYLONOPOULOS, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, Frankfurt, 1998, passim, p. 34, p. 52 ss. Cfr. también PALIERO, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit (Kommentar), en: ESER; HASSEMER; BURKHARDT (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*, p. 75 ss., p. 89 ss., con ejemplos.

50. En el marco de los "conceptos de orden", los más importantes son los tipológicos. Cfr. RADBRUCH, *RITD/IZTR*, XII, 1938, p. 47: "los conceptos de clase separan, los conceptos tipológicos, unen". Sobre la construcción de un concepto tipológico de dolo, SCHÜNEMANN, Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff, *Festschrift für H.J. Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1999, p. 363 y ss., p. 372: un concepto tipológico "se forma a partir de varios elementos distintos, cada uno con una intensidad graduable de definición del elemento en cuestión, a cuyo efecto la menor definición de un elemento puede prácticamente compensarse con la definición más intensa de otro" (= De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo, Trad. Sacher y Suárez, en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, 2002, p. 97 y ss.). Recientemente, DUTTGE, Zum typologischen Denken im Strafrecht, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 11 (2003), p. 107, p. 114 ss.; sobre la relación de tal pensamiento con el concepto concreto-general de Hegel, p. 118 y ss.

51. Véase también GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926.

52. Y esto no solamente en la teoría del delito. Así, se pueden constatar las primeras aplicaciones de la "fuzzy logic" en el ámbito del Derecho penal (por lo menos, en lo que alcanzo) en la cuestión de la distinción entre interpretación y analogía. Es interesante que en esta materia se habla de una subsunción "imprecisa", de modo que no es que las circunstancias fácticas deban ser o no ser subsumidas en los elementos del tipo, sino que solamente pueden ser más o menos subsumidas. Así, a este respecto, se podrían abarcar las diferentes posibilidades en una única tabla con los valores límite 0 y 1. Cfr. PHILIPPS , Unbestimmte Rechtsbegriffe und Fuzzy Logic. Ein Versuch zur Bestimmung der Wartezeit nach Verkehrsunfällen, en Strafgerechtigkeit. *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, p. 265 y ss. También PHILIPPS, Eine Theorie der unscharfen Subsumtion. Die Subsumtionsschwelle im Lichte der Fuzzy Logic, *ARSP* 81 (1995), p. 405 y ss.

Así, tras pares de conceptos como dolo/imprudencia,[53] omisión propia/impropia,[54] autoría/participación,[55] tentativa real/ tentativa irreal,[56] etc., se esconde una realidad susceptible de valoraciones graduales que, puede ser, según el caso, más o menos grave, sin que en ello quepa constatar cesuras radicales. Esto debería conducir a cuestionarse el principio binario, para, por lo menos, tener en cuenta métodos de clasificación más complejos cuyos límites fueran menos precisos y que desembocaran en una "apertura de los conceptos del sistema". Estos métodos de clasificación algo más complejos deberían destacar que en el sistema del delito no hay solamente una lógica binaria mediante la cual todo podría reconducirse a A o no-A, sino que, aunque no todo (un postulado fundamental de la teoría del "fuzzy thinking"),[57] por lo menos no poco en la teoría del delito es una "cuestión de grado".[58] Y resulta

53. A este respecto, concretamente, cfr. PHILIPPS, An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit – Ein Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen, *FS Roxin*, 2001, p. 365 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Introducción: dimensiones de la sistematicidad en la teoría del delito, en WOLTER; FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal*, Madrid/Barcelona, 2004, p. 15 y ss., p. 17-18; MOLINA FERNÁNDEZ, La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal, *LH al Prof. Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, p. 691 y ss., p. 733 y ss.

54. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte, *FS Roxin* 2001, p. 641 ss. (= Desarrollo de la propuesta de tripartición (gradualista) de los delitos de omisión, en *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2. ed. Buenos Aires/Montevideo, 2003, p. 467 y ss.).

55. Un buen ejemplo de ello lo proporciona el desarrollo moderno de criterios cuantitativos de distinción entre autoría y participación o de distinciones graduales en el seno de la autoría: cfr. KUDLICH, Normatives Tatherrschaftsgefälle beim Zusammentreffen von Selbst– un Drittzueignungsabsicht?, *FS f. E-C. Schroeder*, Heidelberg, 2006, p. 271 y ss.; WOLF, Gestufte Täterschaft, *FS f. E-C. Schroeder*, Heidelberg, 2006, p. 415 y ss.; y, sobre todo, SCHÜNEMANN, Die Rechtsfigur des "Täters hinter dem Täter" und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen, *FS f. E-C. Schroeder*, Heidelberg 2006, p. 401 y ss., 407 y ss, sobre la teoría de los "grados de autoría", con base en consideraciones tipológicas (p. 410). Esto último, en la práctica, tiene, entre otras consecuencias, el establecimiento de distinciones sólo graduales entre inducción y autoría (mediata).

56. Un modelo de distinción gradual en el seno de las conductas de tentativa lo propuse ya en SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 128 y ss.

57. Cfr. KOSKO, *Fuzzy Thinking. The New Science of Fuzzy Logic*, 1993.

58. Así, la existencia de casos límite que se resisten a una estructuración binaria (0-1) no constituye una objeción al sistema estructurado, sino que es simplemente la constatación de que la realidad no puede ser sometida a una clasificación binaria rígida.

perfectamente posible pensar que todo esto conduzca a alguna forma de superación de la sistemática clasificatoria tradicional. En todo caso, me parece que solamente de esta manera cabe construir los puentes necesarios entre sistema (abstracto) y caso (concreto); sólo de este modo se pueden romper las fronteras tradicionales entre los conceptos (rígidos) del sistema del delito y los criterios (graduables) de una teoría de determinación de la pena concebida como pura aritmética o como política criminal judicial;[59] solamente por esta vía se puede dar cabida en el sistema del delito a la llamada "determinación de la pena" como la verdadera parte cuantitativa de tal sistema.[60]

Resumiendo: no sin razón, se puede hablar de un cierto "afán clasificatorio" en la sistemática tradicional del delito. Este afán se manifiesta, por una parte, en la importancia, todavía demasiado grande, de consideraciones nominalistas-ordenadoras y, por otra, en la dependencia demasiado intensa del pensamiento binario. Esto implica una positiva reducción de la complejidad, pero limita en gran medida la capacidad de rendimiento del sistema como instrumento para solucionar casos reales y, por ello, debe ser superado.[61] Porque un sistema debe ser lo más sencillo posible, pero también todo lo complejo que sea necesario.[62]

III.2 "Déficits de sistematización"

III.2.1 Introducción

En unos tiempos en los que, como se ha indicado, el pensamiento sistemático ya no parece disfrutar de tanto prestigio como hace algunos años,

---

59. RADBRUCH, *RITD/IZTR*, XII, 1938, p. 50.

60. La denominada determinación de la pena es, en realidad, la concreción del contenido de valor de las categorías del sistema del delito en el caso y es, por ello, parte del mismo sistema.

61. Como pone de relieve DUTTGE, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 11 (2003), p. 117, p. 122, p. 125, se trata de no darse por satisfechos con un reino propio de sistemas abstractos y métodos (aparentemente) exactos, sino de abarcar y valorar de manera adecuada las manifestaciones singulares de la vida (el caso).

62. Conviene no confundir la complejidad con la "dificultad" u "oscuridad". La dificultad –y consiguiente inaplicabilidad– de una teoría puede deberse a su mayor abstracción, que en realidad expresa una menor complejidad. La complejidad de una teoría que deriva de su mayor aproximación a una realidad en sí compleja no tiene por qué ser criticable, salvo que, por caer en la tópica, la lleve a perder su propia condición de teoría sistemática. En realidad, las posiciones realistas acerca de los problemas suelen comportar (frente a las empiristas o idealistas) una mayor complejidad teórica. Pero ahí radica precisamente su virtud.

la objeción de que la teoría del delito es insuficientemente "sistemática" quizá pueda resultar algo sorprendente. Sin embargo, con la expresión "*déficits* de sistematización" debe hacerse referencia a que el actual sistema del delito es incompleto, pues no abarca la totalidad de las reglas que influyen en la responsabilidad del autor.[63] Esto se podría formular de otro modo: ciertamente, el sistema del delito está, hasta hoy, insuficientemente "abierto": no solamente (en primer lugar) debido a la apertura insuficiente en relación a grupos de casos problemáticos; no solamente (en segundo lugar) a causa de la apertura insuficiente respecto a delimitaciones conceptuales "desdibujadas"; sino también (en tercer lugar) debido a la apertura insuficiente en lo que se refiere a aquello que ocurre más allá del *Rubicón* de la culpabilidad. Y esto último no es otra cosa que la expresión clara de la incapacidad del sistema del delito para orientar de modo completo la actividad judicial dirigida a la imposición de una pena a un sujeto concreto.[64]

Ahora bien, la orientación a la práctica y la creciente internacionalización, como piedras de toque de sistema del delito presente y futuro que son, también presuponen una progresiva superación de los límites entre Derecho penal material, Derecho penal procesal y principios constitucionales del Derecho penal, así como entre la teoría de la imputación y teoría de la determinación de la pena.[65] Esto es una exigencia que, hace ya algunos años, diversos autores han percibido[66] y aceptado. A este respecto, hay que destacar la actividad científica de

63. Para NEUMANN, en: PRITTWITZ; MANOLEDAKIS (Hrsg.), *Strafrechtsprobleme*, p. 126 y s., la razón de ello radica en la concentración de la sistemática del delito de origen alemán en la explicación del hecho punible como lesión de una norma de conducta. Y, de hecho, ocurre que no pocas de las reglas de asignación de responsabilidad jurídico-penal que, no obstante, no guardan relación con la contrariedad a la norma de conducta, han quedado fuera del sistema.

64. Cfr. NAUCKE, en:, *Gesetzlichkeit* p. 58 y ss., p. 86 y ss., quien se pronuncia a favor de una ampliación del contenido tradicional de la dogmática.

65. Cfr. NEUMANN, en PRITTWITZ; MANOLEDAKIS (Hrsg.), *Strafrechtsprobleme*, p. 129 y s., según el cual es necesario un renacimiento del concepto de la ciencia integral del Derecho penal, que ya en Franz von Liszt se vinculó con la visión de una ciencia penal supranacional y universal.

66. Cfr., por ejemplo, PERRON, *FS Lenckner*, p. 243: "claro está que, frente a los méritos indiscutibles de la sistemática alemana del delito, hay algunas carencias que empañan de manera relevante el panorama general. Así, durante muchos años, la determinación de la pena ha sido tratada con demasiado descuido"; y p. 244: la ciencia alemana del Derecho penal "también" ha "ignorado hasta ahora de manera considerable la dimensión procesal del Derecho penal". Véase también NEUMANN, en: PRITTWITZ; MANOLEDAKIS (Hrsg),

Wolter en los últimos diez años.[67] En todo caso, el volumen sobre el particular, editado en 1996 por *Wolter* y *Freund* y publicado en lengua española en 2004, es un hito importante en el camino hacia tal "sistema integral del Derecho penal".[68]

III.2.2 Fundamentos

La sistemática del delito pretende conformar "teoría de la acción". Las distintas teorías de la acción contienen un sistema de reglas para la adscripción de sentido al hecho de un autor. Ahora bien, cada concreta adscripción de sentido al hecho proviene de una perspectiva muy determinada, porque a los hechos sociales no les corresponde *per se* un único sentido válido. En el sistema del delito, la adscripción de sentido acaba en la imputación de responsabilidad, esto es, en definitiva, en la imposición de una consecuencia jurídico-penal.[69] Precisamente por ello es difícil no aceptar que el sistema del delito también presenta una fuerte dimensión teleológica.

La constatación de que el contenido de la sistemática del delito es una adscripción teleológica de sentido a un hecho es ciertamente de gran importancia,

---

Strafrechtsprobleme, p. 130, quien propone "romper la frontera entre proceso penal dialógico y esquema monológico del delito, a favor de un modelo dialógico de delito".

67. Cfr. ya WOLTER, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem, en: el mismo (ed.), *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 1993, p. 269 y ss.; el mismo, Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem, in: SCHÜNEMANN; FIGUEIREDO DIAS (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Köln, 1995, p. 3 ss.; el mismo, Zur Dogmatik und Rangfolge von materiellen Ausschlußgründen, Verfahrenseinstellungen, Absehen und Mildern von Strafe – Strukturen eines ganzheitlichen Straftat–, Strafprozeß– und Strafzumessungssystems, en: WOLTER; FREUND (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechssystem*, Heidelberg, 1996, p. 1 y ss. El mismo, Problemas político-criminales y jurídico-constitucionales de un sistema internacional del Derecho penal, en: SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 101 y ss.; el mismo, Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad, en: LUZÓN PEÑA; MIR PUIG (eds.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, 1999, p. 1 y ss. Cfr., por lo demás, siguiendo estas consideraciones en España, ASÚA BATARRITA, Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional, *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 2000, p. 221 y ss.

68. Cfr. *supra* nota 6. Una valoración sumamente positiva de la obra ya en NAUCKE, Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht, *GA* 1998, p. 263 ss.

69. HASSEMER, *FS Bemman*, 1997, p. 175 y ss.

pues el hecho histórico como tal ocurre en un momento determinado y no sufre ningún cambio adicional. Sin embargo, el hecho *punible* no existe en una realidad meramente físico-natural, sino sólo en virtud del juicio de quienes, a la vista de un hecho físico-natural determinado, llegan a la conclusión de que hay que adscribir a tal hecho un sentido jurídico-penal (concreto) y de que hay que imputar ese hecho a un sujeto individual. Así, puesto que el hecho punible como tal solamente tiene lugar en la comunicación interpersonal, no se sustrae a la mutabilidad que es inherente a ésta.

Mientras que el *hecho* es un fenómeno histórico, esto es, pertenece al pasado, su dimensión de sentido puede cambiar con el paso del tiempo. Mientras que el hecho como tal no experimenta *per definitionem* cambio alguno, su dimensión comunicativa –su carácter de hecho punible– puede estar perfectamente sujeta a modificaciones. Por ejemplo, debido a que la norma anteriormente lesionada ha sido derogada con posterioridad (retroactividad); o también porque posteriormente la fuerza comunicativa de la defraudación de la norma ha disminuido o ha desaparecido del todo (por ejemplo: *poena naturalis*, comportamiento del autor posterior al hecho, otros mecanismos de aseguramiento cognitivo de la validez de la norma); o, en fin, también, simplemente, debido al paso del tiempo (prescripción, entre otros supuestos). Esto significa que el sentido jurídico-penal de un hecho es dinámico: hay hechos *después* del hecho que influyen en su enjuiciamiento penal, de modo que la teoría del delito, como unidad de sentido que se basa en un hecho enjuiciado como antijurídico y culpable, debería contener todos los demás elementos que tienen capacidad de influir en esta dimensión de sentido.

En especial, si se toma en serio la dimensión del delito como comunicación que defrauda la norma, debe admitirse inevitablemente que esa parte comunicativa sigue viva en el transcurso del proceso penal, en el cual el contenido de la norma de sanción se hace realidad y se da comienzo a la estabilización de la norma. Y –de la misma forma– si es cierto que solamente la pena o uno de sus equivalentes funcionales corrigen la comunicación equivocada expresada mediante el delito, también parece adecuada la consideración de que el proceso penal (e incluso el proceso de ejecución de la pena) estarían guiados por una comunicación jurídico-penal todavía existente, con lo cual serían parte del sistema integral del delito.

III.2.3 El sistema integral del delito

Es cierto, desde luego, que el sistema tradicional del delito no ha integrado tales elementos, sino que ha tendido a atrincherarse en el fuerte del *injusto y la culpabilidad*. Sin embargo, esto ha conducido claramente a que la sistemática

tradicional no haya estado en condiciones de ofrecer al juez un instrumental sistemático que le pudiera guiar hasta la misma imposición de la pena. Hasta hoy, no se ha reaccionado siempre del mismo modo frente a esta realidad innegable. Para algunos autores, esto es una prueba más de la imposibilidad de una sistemática del delito referida a la práctica.[70] En cambio, otros entienden que la constatación de la insuficiencia de la sistematización lograda mediante la dogmática tradicional del delito debería conducir a nuevos esfuerzos para ampliar el sistema e integrar en él la totalidad de los presupuestos relevantes para la imposición y cuantificación de la pena.[71] La aspiración de conseguir tal sistema integral, completo, del delito[72] encierra, evidentemente, riesgos para la subsistencia del sistema como unidad. Sin embargo, se plantea la cuestión de si una sistemática del delito con pretensiones prácticas puede permitirse ignorar, en la determinación de la responsabilidad penal, la creciente influencia de instituciones que están más allá del *injusto y la culpabilidad*. De este modo, es posible que el punto clave del sistema del delito se desplace de la idea rectora del "merecimiento de pena" hacia el pensamiento, menos claro, de la "necesidad de pena".[73]

Partiendo de la premisa de que solamente la norma de sanción, y no la norma de conducta, tiene realmente carácter jurídico-penal, se sostiene incluso la irrelevancia práctica de la idea del merecimiento de pena.[74] Según este planteamiento, todos los criterios decisivos para la aplicación o no aplicación

---

70. Cfr. NAUCKE, *GA* 1998, p. 264.

71. A este respecto, es interesante la comparación que NAUCKE, *GA* 1998, p. 271, nota 19, propone entre las propuestas del libro de SCHÜNEMANN (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, y las del libro de WOLTER; FREUND (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, 1996. El uno, en la medida en que el sistema no sobrepasa la frontera de la culpabilidad; el otro, que ya investiga ámbitos que están más allá de esta frontera.

72. Como destaca NAUCKE, *GA* 1998, p. 265, la expresión "sistema integral del Derecho penal" no tiene nada que ver con la "ciencia integral del Derecho penal" de *von Liszt*, pese a su proximidad gramatical con esta última, sino que se refiere más bien a la pretensión de *Feuerbach* de conducir todo el Derecho positivo a una idea rectora.

73. Este es uno de los puntos que Naucke critica, en el marco de una valoración del libro editado por Wolter y Freund que, por lo demás, es extraordinariamente positiva: cfr. NAUCKE, *GA* 1998, p. 265, p. 271, cuando se refiere a que, aun cuando el texto es de un valor incalculable para la perspectiva de una "dogmática exegética" [*Nachzeichnungsdogmatik*], se puede efectuar una valoración diferente de las diversas contribuciones desde el concreto punto de vista de una "dogmática de delimitación" [*Begrenzungsdogmatik*].

74. Así FREUND, Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem, en: WOLTER; FREUND (Hrsg.), *Straftat*, p. 43 y ss.

de una norma de sanción serían equivalentes funcionales: por ejemplo, no habría diferencia alguna entre las instituciones jurídico-penales materiales y las procesales penales que conducen a tal consecuencia. Aún más: tampoco habría una diferencia sustancial entre todas las anteriores y, por ejemplo, la decisión relativa a la prisión preventiva, que no sería una medida de aseguramiento del proceso, sino la aplicación necesaria de una norma de sanción por un delito "posiblemente" cometido, porque el "posible" delito, aun cuando no haya sido probado todavía, de todos modos tiene carácter desestabilizante.[75]

Planteamientos como la equivalencia funcional de instituciones jurídico-materiales y jurídico-procesales o la interpretación de la prisión provisional como sanción provisional (mecanismo de estabilización) de (una defraudación de la norma debida a) un "presunto" delito, son, seguro, en sí atractivos. Sin embargo, hay que indicar que bajo el predominio del pensamiento de la necesidad de pena, se cae en el peligro de disolver las categorías de la sistemática del delito. Dicho con otras palabras: es cierto, con seguridad, que entonces el sistema "integral" del delito debería colocar en el primer plano la idea de "necesidad de pena", como denominador común de todas sus instituciones. Sin embargo, también parece evidente que no es lo mismo que una sanción no se imponga debido a la falta de necesidad de pena y que el hecho no sea siquiera merecedor de tal sanción, esto es, que no se haya hecho acreedor a ella.

En este sentido, parece adecuado el distanciamiento de *Wolter*[76] respecto al "pensamiento instrumental omnicomprensivo" de *Freund*. Ello, en el planteamiento de *Wolter*, no significa que la sistematización tenga que limitarse al injusto y la culpabilidad. Muy al contrario, *Wolter* piensa en un sistema del delito en el que la incorporación de nuevos ámbitos problemáticos al sistema no conduzca a la disolución del concepto material de delito. Este último es el núcleo indisoluble del sistema del delito. Y lo que sea delito en sentido material debe determinarse con base en criterios de justicia: delito significa "hecho merecedor de pena". Lo que no puede ser considerado delito en sentido material, no debe ser perseguido ni sancionado por razones de necesidad u oportunidad.[77]

---

75. Ídem, p. 48 y ss., p. 55 y ss.

76. WOLTER, Zur Dogmatik und Rangfolge von materiellen Ausschlussgründen, Verfahrenseinstellung, Absehen und Mildern von Strafe. Strukturen eines ganzheitlichen Straftat–, Strafprozess– und Strafzumessungssystems, en: WOLTER; FREUND (Hrsg.), *Straftat*, p. 1 y ss., p. 11 y ss., p. 39 y ss.

77. FRISCH, Straftat und Straftatsystem, en: WOLTER; FREUND (Hrsg.), *Straftat*, p. 135 y ss.; el mismo, An den Grenzen des Strafrechts, en Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. *Festschrift für W. Stree und J. Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, p. 69 y ss.

IV. CONCLUSIONES

El sistema del delito de origen alemán sigue siendo, incluso más que nunca, el mejor código lingüístico para la imputación jurídico-penal. Sin embargo, es importante que se abra, atendiendo a la parte cuantitativa del delito, esto es, que supere la rígida binariedad de las categorías y, además, integre el subsistema de las reglas de determinación de la pena.

El sistema del hecho punible debería abarcar la totalidad de los presupuestos de la aplicación de la norma de sanción (que, en todo caso, tiene lugar en el proceso penal y que está sometida al Derecho constitucional).[78] Sin embargo, con ello no se debe negar que hay un núcleo del delito que solamente incluye la lesión personal de una norma jurídico-penal de conducta (esto es, el hecho antijurídico y culpable). Por ello, continúa siendo correcto interesarse por el (núcleo del) concepto ético-material de delito y sus presupuestos.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As principais teorias de direito penal, seus proponentes e seu desenvolvimento na Alemanha, de Peter Walter Ashton – *RT* 742/443;
- Bases e perspectivas da teoria constitucionalista do delito (do fato punível), de Luiz Flávio Gomes – *RT* 816/415;
- No Centenário da publicação de *Der Handlungsbegriff In Seiner Bedeutung Für Das Strafrechtssystem* de Gustav Radbruch. Ruptura da Teoria Jurídica do Delito?, de Juan Manuel Lacruz López – *RCP* 3/44;
- Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil, de Nilo Batista – *RCP* 1/113; e
- Sobre o Estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha, de Hans Joachim Hirsch – *RBCCrim* 58/64.

Una crítica político-criminal de este planteamiento en KUHLEN, Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?, en: WOLTER; FREUND (Hrsg.), *Straftat*, p. 77 y ss. Véase también KUHLEN, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit (Kommentar), en: ESER; HASSEMER; BURKHARDT (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*, p. 57 y ss.

78. La posición relativa del Derecho penal en el ámbito del conjunto del ordenamiento jurídico (y las colisiones que con ello se producen) ejerce una influencia indudable en la aplicación de la norma penal de sanción.

60312

La teoría del delito en la *Aproximación al derecho penal contemporáneo* de Jesús-María Silva Sánchez

2

The theory of crime in the Approach to contemporary criminal law *by Jesús-María Silva Sánchez*

Ricardo Robles Planas

Professor Titular de Derecho Penal Universidad Pompeu Fabra.

Área do Direito: Penal

Resumen: El artículo aborda la teoría del delito propuesta por Jesús-María Silva Sánchez en su obra *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, construida a partir de un criterio sistemático, que considera que el sistema moldea el delito y no lo contrario. Se analizan puntos clave de tal concepción, tales como: la adopción de los fines del derecho penal (síntesis entre prevención y garantía) como punto de referencia del sistema; la adopción de un sistema bipartita en lo que se refiere a sus categorías y el acogimiento de la teoría de las normas como el instrumento dogmático que articula los fines y las categorías en el concepto del delito. El trabajo profundiza en el estudio de la orientación general del sistema a la teoría de las normas -con destaque especial a la

Abstract: The article addresses the theory of crime as proposed by Jesús-María Silva Sánchez in his work Approach to Contemporary Criminal Law, based upon a systematic criterion, which considers that the system molds the crime and not the other way around. Key points of this view are analyzed, such as the adoption of the goals of criminal law (summary between prevention and guarantee) as a reference point of the system; the adoption of a bipartisan system in regards to its categories; and the acceptance of the norms theory as the dogmatic instrument which articulates the goals and categories within the concept of crime. This work deepens the study of the general orientation of the system towards the norms theory, highlighting the construction

construcción de la categoría de la antijuridicidad y sancionabilidad-, a la luz de algunos abordajes de la llamada corriente hegeliana.

of the anti-juridical category. In the end, despite not trying to propose a revision of the theory, the article offers a review of the system - especially of the anti-juridical and sanctionability concepts - in light of some approaches of the so-called Hegelian current.

PALABRAS CLAVE: Teoría del delito - Sistema penal - Antijuridicidad - Teoría de las normas.

KEYWORDS: Theory of crime - Criminal system - Anti-juridical - Norms theory.

SUMÁRIO: 1. Rasgos fundamentales del sistema dogmático de la *Aproximación* - 2. Sobre la orientación del sistema a la teoría de las normas y a los fines preventivos del derecho penal - 3. El futuro del sistema y el sistema del futuro: 3.1 La antijuricidad penal; 3.2. La sancionabilidad penal; 3.3 Consideración final.

1. RASGOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA DOGMÁTICO DE LA APROXIMACIÓN

1. En[1] su *Aproximación al derecho penal contemporáneo* la propuesta dogmática que efectúa Silva Sánchez en relación al *concepto de delito* posee un carácter eminentemente sistemático. En efecto, bien podría afirmarse que en sus consideraciones late la intuición de que la configuración del sistema del delito determina por completo el propio concepto de delito o dicho de otra manera: es el sistema el que define al delito, no el delito lo que define y condiciona al sistema, algo que, si bien puede ser plenamente compartido, no es ni mucho menos evidente. Lo mismo puede expresarse con mayor contundencia: la prestación de la dogmática al concepto de delito consiste en definirlo sistemáticamente. Así, a diferencia de lo que sucede en otras disciplinas, como la criminología, la sociología, la psicología o la moral, la dogmática poseería un método propio y exclusivo en virtud del cual llega a "acceder" a la noción de delito. Ese método es el sistema. Lo que sea o no delito no dependerá de las propiedades intrínsecas que presente un determinado proceso de la realidad, sino de que sea producto del sistema que fija lo que ha de considerarse como tal. De ahí que entre las principales preocupaciones de SILVA se halle la de seleccionar las bases metodológicas sobre las que ha de asentarse la construcción sistemática del delito.

2. Al respecto, Silva detectó *diversas posibilidades* calificándolas a todas ellas como igualmente válidas, si bien no idénticas en sus consecuencias. Por ello,

1. El presente trabajo se publicó originalmente en el libro Robles Planas e Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *La crisis del derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Atelier, 2010.

marcadamente influenciado por el pensamiento de Roxin, advirtió que aquello que debería hacer decantar a la dogmática en la elección del sistema del delito habría de ser la "orientación a las consecuencias" (*Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 367 y ss.). En efecto, Silva observaba que tanto el causalismo como el finalismo eran sistemas deductivo-axiomáticos, cerrados y ontológicamente condicionados. En cambio el neokantismo, al proceder a integrar elementos materiales de valor, se identificaría con las concepciones teleológicas modernas orientadas a las consecuencias político-criminales. Ante esta tesitura SILVA se decantó por las *sistemáticas teleológicas*, pero a diferencia del neokantismo, la orientación del sistema que propuso estaba absolutamente comprometida con las *finalidades que habría de cumplir el derecho penal y que legitimarían su presencia en sociedad* (op. cit., p. 373).[2]

3. Sin embargo, esta orientación teleológica del sistema era aún abiertamente imprecisa, debiendo concretarse dando respuesta a tres preguntas especialmente comprometidas. Por un lado, debía determinarse el "telos", donde cabría asumir un punto de vista vinculado estrictamente a la consecuencia jurídica pena, a una o varias de las finalidades de la pena o, en fin y más en general, a finalidades político-criminales. Por otro lado, restaba abierta la cuestión de si un sistema orientado a consecuencias o a fines debía traducirse en la *tripartición categorial* clásica del delito proveniente de Beling y von Liszt o bien habría de procederse a su reformulación. Finalmente, la opción metodológica apuntada tampoco implicaba necesariamente la adopción de *la teoría de las normas* como punto de partida para construir el sistema.

Recordemos cómo Silva resolvió las tres cuestiones aludidas: como punto de referencia del sistema adoptó los *fines del derecho penal*, entendiendo por tales una síntesis entre prevención y garantías (op. cit., p. 311 y ss.). En relación con las categorías, se pronunció a favor de un *sistema bipartito* (op. cit., p. 374 y ss.), frente al tripartito de la doctrina teleológica dominante encabezada por Roxin y, finalmente, acogió la teoría de las normas como el instrumento dogmático que debía articular fines y categorías en el concepto de delito (op. cit., p. 376 y ss.). Resulta conveniente profundizar en el análisis de este punto.

4. La adopción de un *sistema bipartito* basado en las categorías de la antijuricidad y la culpabilidad había sido ya reclamada por la doctrina en varias ocasiones. La novedad del planteamiento de SILVA es la vinculación de ambas

2. Naturalmente, en el postfinalismo se habían comenzado a transitar ya estos caminos, destacadamente cabe aquí mencionar los planteamientos de Schmidhäuser, de Jakobs y del propio Roxin.

categorías a la teoría de las normas y a consideraciones teleológicas derivadas de los fines del derecho penal. En efecto, la *teoría de las normas* como base de la construcción del delito era una apuesta no exenta de riesgos, teniendo en cuenta que, precisamente, a este proceder se le había objetado bloquear las consideraciones teleológicas. En este sentido, la originalidad del planteamiento de Silva se caracteriza por dotar de contenido fuertemente teleológico a la teoría de las normas. Así, la *norma primaria manifiesta la decisión de prohibir un comportamiento, disuadiendo al ciudadano de realizar la conducta (limitación de la libertad por la amenaza de pena). La norma secundaria*, por su parte expresa la decisión de incidir directamente en los *derechos del ciudadano mediante el castigo* (op. cit., p. 377-378).

Si el delito ha de mostrarse como hecho infractor de la norma primaria y además como hecho que contiene los presupuestos de aplicación de la norma secundaria penal, de ahí se desprende que las dos categorías del delito han de ser la *antijuricidad penal* y la *sancionabilidad penal*. Como antecedentes inmediatos de esta propuesta, Silva se apoya en las investigaciones de Rödig y, muy especialmente, en las de Mir Puig y Frisch. La idea central, tal y como la interpreta Silva, es que en el ámbito de la norma primaria, la antijuricidad expresa el *merecimiento de pena* y opera mediante la *intimidación abstracta*, lo que supone ya la restricción de la libertad de los ciudadanos al recibir el mensaje normativo de que ciertos comportamientos son penalmente indeseables. Pero a la vez, Silva enriquece considerablemente el ámbito de la norma secundaria en los planteamientos de aquellos autores, pues ahora va ser la sancionabilidad la categoría central del castigo penal en tanto que en ella se dirime cuándo procede reaccionar con la imposición de una pena concreta (*necesidad de pena*) ante el autor. El ámbito de lo sancionable penalmente es, pues, mucho más reducido que el de lo prohibible (op. cit., p. 383).

5. Por lo que respecta a la *categoría de la antijuricidad*, Silva se halla en la tesitura de decantarse o bien por el concepto de antijuricidad que proviene de von Liszt o bien del que proviene de Binding: una concepción *objetivo material ex post* o una concepción *subjetivo formal ex ante*. Como es sabido, la doctrina dominante entonces y ahora sostiene un punto de vista ecléctico o dualista. Ante ello, Silva entiende que la prestación que lleva a cabo el derecho penal para proteger bienes jurídicos tiene lugar mediante el establecimiento de directrices de conducta bajo amenaza de pena, lo que significa que el *juicio de antijuricidad se realiza ex ante y tiene por objeto las conductas humanas voluntarias lesivas para bienes jurídicos* (op. cit., p. 385). No se trata entonces ni de un acto de desobediencia (pues las conductas interesan en la medida en que son capaces de afectar a bienes jurídicos), ni de un injusto puramente

objetivo (pues sólo puede incidirse sobre conductas que el sujeto esté en condiciones de conducir y evitar: esto es, dolosas o imprudentes). Una ulterior caracterización del juicio de antijuricidad la ofrece Silva al destacar que la prohibición de riesgos objetivos para bienes jurídicos poco tiene que ver con la imputación objetiva de resultados y en cambio sí con la propia posibilidad de prohibir las conductas que conducen a ellos (op. cit., p. 387). Tal posibilidad viene condicionada por el juicio que emitiría un espectador objetivo situado *ex ante* en el lugar del autor, con sus conocimientos (op. cit., p. 388). Asimismo resulta claro que el resultado no forma parte de esta categoría (op. cit., p. 388-389) y que habrá que exigir una gravedad cualificada a los hechos que hayan de ser calificados como antijurídicos porque se trata de su prohibición bajo la amenaza de pena (op. cit., p. 387-389).

6. Como quedó apuntado, la segunda decisión político-criminal es la de incidir sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos mediante el castigo. Se trata de fundamentar no ya la prohibición abstracta (esto es, la *declaración* de merecimiento y necesidad de pena del hecho desde un punto de vista *ex ante*), sino la *necesidad del castigo concreto*, contemplada *ex post*. La *sancionabilidad penal* es, pues, la categoría en la que se analiza si el hecho contiene los *otros presupuestos de aplicación de la norma secundaria penal* distintos al de la infracción de la norma primaria. Esos presupuestos son: la *culpabilidad o atribuibilidad* individual, la *lesividad* penal (en el sentido de resultado de lesión o peligro) y *otros elementos* que condicionan la punibilidad (op. cit., p. 379 y 406 y ss.).

El aspecto que más sorprendente resulta de esta categoría es sin duda alguna la *configuración de la culpabilidad* (op. cit., p. 379 y 406 y ss.). Silva rechaza que su fundamento esté en el "poder actuar de otro modo" y la configura como un *juicio sintético* resultante de, por un lado, consideraciones *preventivas* y, por el otro, *garantísticas* (op. cit., p. 411). Ello le lleva a sostener la poco frecuente conclusión de que no tiene sentido diferenciar entre causas de exclusión de la culpabilidad (las causas de inimputabilidad) y causas de exculpación. La idea que tras ello late es la de identificar culpabilidad con *exigibilidad*: "actúa culpablemente la persona a la que puede exigírsele actuar conforme a las normas" (op. cit., p. 413). No estamos, pues, en el ámbito del "poder" entendido como un "können", sino en el del "poder" entendido como un "dürfen" (esto es, como un estar legitimado para intervenir sobre el sujeto). Por lo demás, esta tesis le permite afirmar en la línea de lo sostenido por H. L. Günther que la diferencia entre exculpación y justificación es de grado, siendo, en realidad las causas de exculpación situaciones de justificación incompleta (op. cit., p. 415).

2. SOBRE LA ORIENTACIÓN DEL SISTEMA A LA TEORÍA DE LAS NORMAS Y A LOS FINES PREVENTIVOS DEL DERECHO PENAL

1. De entre las múltiples consideraciones que podrían efectuarse en torno a la valiosa y profunda propuesta sistemática de Silva me limitaré aquí a destacar las relativas a la orientación general del sistema a la teoría de las normas. En concreto: no cabe desconocer que la decidida apuesta por la construcción del sistema sobre la base de la teoría de las normas es heredera de una vieja tradición que se remonta a Binding y, en este sentido, difícilmente *debería poder constituir* una novedad o un planteamiento original. Sin embargo, como a continuación trataré de fundamentar, sucede todo lo contrario. A pesar de que la teoría de las normas constituye un lugar común en la elaboración dogmática del delito desde hace casi 140 años –y desde hacía exactamente 120 en el momento de la *Aproximación*–, su mantenimiento como método para la construcción del concepto de delito no ha sido hasta épocas muy recientes explorado en toda su capacidad de rendimiento.

2. En efecto, tal y como ya indica el título de la obra de Binding,[3] la teoría de las normas puede descomponerse en dos grandes partes claramente diferenciadas: por un lado, la *teoría de la fundamentación o legitimación* de la norma (penal), tanto la de conducta como la de sanción y, por otro, la *teoría de la infracción de la norma*. Esta constatación aparentemente trivial tiene una consecuencia de singular trascendencia: con el nacimiento de la teoría de las normas se abrió la posibilidad de construir el sistema del delito desde un nuevo punto de vista. Sin embargo, no es menos cierto que, también desde Binding, la práctica totalidad de los planteamientos dogmáticos (basados expresamente o no en la teoría de las normas) se concentró casi en exclusiva en la pregunta por la infracción de la norma, construyendo el sistema en exclusiva desde este punto de vista y descuidando aquella otra parte, la de la fundamentación y legitimación de las normas, que en mi opinión es precisamente la que singulariza a la teoría de las normas de Binding y por consiguiente la distingue de la gran tradición metodológica anterior a él en la construcción del sistema del delito.

3. En efecto, la tradición que hereda también Binding y en la que la dogmática ha concentrado sus esfuerzos sobre las reflexiones del sistema del delito es la que lo construye a partir de la elaboración del conjunto de presupuestos que permiten afirmar la infracción de una norma por un sujeto,

3. *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 1.ª ed. (1872), 4.ª ed., (1922); t. II, vol. 2, 1.ª ed. (1877), vol. 1, 2.ª ed. (1914), vol. 2, 2.ª ed. (1916); t. III, 1.ª ed. (1918); t. IV, 1.ª ed. (1919).

denominándose a esa operación "imputación". Ya desde Grocio y Pufendorf, pero sobre todo a partir de Kant y Hegel, la *acción imputable* es la base del sistema, pues de lo que se trata es de describir las propiedades de las acciones capaces de infringir una norma, propiedades a las que, por un lado, quedaría vinculado el legislador y el aplicador del Derecho y, por el otro, habrían de ser el verdadero y más importante filtro de la teoría del delito, sobre el cual habría que proyectar después el resto de categorías, concretamente, el juicio negativo de antijuricidad y, en su caso, el de culpabilidad.[4]

En esta tradición se sitúan las propuestas sistemáticas de von Liszt, Beling, Welzel, Armin Kaufmann y Jakobs, por mencionar sólo algunos de los nombres más ilustres que ya muestran cómo en la historia dogmática reciente la construcción del delito a partir del concepto de acción es una auténtica constante. Con toda probabilidad habría que mencionar como excepciones –más allá del caso de Feuerbach–[5] ciertas posiciones programáticas del neokantismo (al reclamar la tajante distinción entre objeto de valoración y valoración sobre el objeto), pero ni tan siquiera ellos (piénsese, por ejemplo, en M. E. Mayer o en Radbruch) se sustrajeron del todo a construir el sistema casi exclusivamente a partir de los conceptos de acción e imputación.[6]

Dos son las *constantes* que se manifiestan en esta gran tradición sistemática. De un lado, la búsqueda de un *género común* a todo comportamiento delictivo. El problema, sustancialmente, no residía tanto en la acción sino en la *omisión*.[7] Como es sabido, tras muchas controversias se llegó a la conclusión de la irreductibilidad en el plano ontológico (con Armin Kaufmann), primero, y a la

4. Cfr., recientemente, las consideraciones de Maiwald, Zur allgemeine Verbrechenslehre des 19. Jahrhunderts, *FS-Sellert*, p. 437 y ss., 2000.

5. Sobre el planteamiento de Feuerbach en relación con el sistema que arranca en v. Liszt y Beling, véase la comparación que efectúa Maiwald en la obra citada en la nota anterior.

6. Nótese, por lo demás, que esta contraposición entre opciones metodológicas que efectúo en el texto es distinta a la que, por ejemplo, Silva Sánchez ha propuesto aludiendo a sistemas basados en la idea de acción enfrentados a sistemáticas basadas en la idea de imputación (cfr. Silva Sánchez, ¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? en, el mismo, *Normas y acciones en derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 15 y ss.). La clasificación que aquí se lleva a cabo no es excluyente de la que efectúa Silva, pues toma un punto de referencia distinto al suyo. De ahí que tampoco quepa sorprenderse por encuadrar a Welzel junto a Jakobs.

7. Véase el ineludible análisis, recientemente, de Bacigalupo Zapater, El sistema de la teoría del delito en el siglo XXI, en AA.VV., *Derecho penal del siglo XXI*, CDJ, p. 197 y ss., 2008.

intercambiabilidad en el plano normativo (en este caso de la mano de Jakobs), después, de la acción y de la omisión. Y es así como hacia los años setenta se empieza a desarrollar la tesis en virtud de la cual la única base común del sistema es la posición de garantía y la noción de evitabilidad a ella vinculada. Por otro lado, la segunda constante en este plantemiento metodológico, es el *avanzamiento sistemático de la culpabilidad*, como presupuesto de la infracción de las normas. Esta cuestión ha dominado durante décadas las relaciones entre norma y sistema y ha llegado hasta nuestros días, sin que pueda afirmarse que esté definitivamente resuelta.

Naturalmente, también Binding con su teoría de las normas mostró una preferencia clara por abordar la teoría de la infracción de la norma, dedicando tres de los cuatro tomos de su gran obra a las cuestiones de imputación (concretamente a la culpabilidad, al dolo y a la teoría del error).

En definitiva, el impresionante desarrollo del sistema del delito sobre la base de la idea de infracción de la norma ha llegado hasta la actualidad en forma de sistema de presupuestos para la imputación de responsabilidad, presupuestos que ya no se aglutinan en torno a la "acción", sino en torno al concepto de "culpabilidad", que –cabe añadir– es vista cada vez más como categoría esencial y única del sistema.

4. ¿Qué ha ocurrido, entre tanto, con la teoría de la *fundamentación de las normas* (penales)? Como se ha afirmado anteriormente, desde sus orígenes en Binding se observa un claro *infradesarrollo* de esta cuestión en comparación con la pregunta por la infracción de la norma. Particularmente, la construcción del sistema apenas se vio resentida por cuestiones relativas a la fundamentación y legitimación de la norma de conducta y de sanción. Ciertamente, Binding sentó las primeras bases para una dogmática de la fundamentación de la norma y para que ello influyera en la construcción del sistema, al vincular, por un lado, el origen de las normas primarias con consideraciones de derecho público y, por otro, a las normas de sanción con consideraciones específicamente penales. Sin embargo, el pensamiento –quizás excesivamente– construido desde el Estado hacia el ciudadano que dominaba entonces se traducía en una concepción imperativa de la norma de conducta que concentraba lo delictivo –*el concepto de antijuricidad*– en la lesión de la pretensión estatal de obediencia.[8] Ni el causalismo ni el finalismo supusieron en este sentido un avance

8. Rasgo no exclusivo del planteamiento de Binding, sino también presente en el de v. Liszt (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2.ª ed., 1884, p. 94: "el delito es un ataque antijurídico, esto es, se halla en contradicción con los imperativos del

para la dogmática de la prohibición penal y, por consiguiente, el sistema seguía articulándose al margen de una teoría de la desaprobación de conductas, lo que se reflejaba en la ausencia de una orientación material de las categorías y determinaba la clase de problemas discutidos en su seno.

Con la irrupción en los años sesenta y setenta del pensamiento teleológico (heredero natural del neokantismo) se sitúa al *bien jurídico* en el centro del sistema y se destaca tanto su potencial crítico como su carácter de factor fundamentador de las prohibiciones penales. Dado que las normas de conducta surgen de las necesidades de protección de bienes jurídicos, la teoría del bien jurídico parecía acoger sin problemas la vieja aspiración dogmática de separar la norma de conducta penal de la proposición legal, de fundamentarla dogmáticamente, siendo incluso capaz de reducir el ámbito de las decisiones legislativas. Dicho con otras palabras: sobre la *antijuricidad material* el dogmático tenía mucho más que decir de lo que se había dicho hasta entonces. En este punto la aportación de Roxin es capital: al desarrollar la cuestión del delito en la orientación político-criminal a la protección de bienes jurídicos está contribuyendo decididamente a una auténtica teoría del comportamiento prohibido. Es también en ese momento cuando cobra renovada fuerza la idea de *merecimiento de pena*, cuando se refinan los criterios de la *ponderación* (idoneidad, necesidad y adecuación) y cuando se gira la mirada al *conjunto del ordenamiento jurídico* para definir ulteriormente el papel del derecho penal. Los planteamientos de H. L. Günther, de Wolter y muy especialmente el de Frisch son los desarrollos sistemáticos más acabados a partir de la teoría de la norma penal.

En el mismo contexto de la fundamentación material –léase: *legitimación*– de la norma de conducta penal, surge la hasta entonces poco abordada cuestión de la fundamentación material de la norma de sanción (*rectius*: de sus presupuestos de aplicación). Naturalmente, esta posibilidad se la debemos también a Binding. Pese al escaso tratamiento doctrinal, la esencia de este segundo bloque de consideraciones se ha mantenido intacta. Se trata de la legitimación de la imposición de *pena en concreto*, donde, como es lógico, ello no podía ni puede llevarse a cabo al margen de la adopción de una determinada *teoría de la pena*, cuyos acentos han variado considerablemente y sigue siendo hoy objeto de ulterior discusión.

Ordenamiento jurídico"). El distanciamiento que parece producirse en el segundo respecto del primero por la orientación de aquel a los "intereses vitales" es más aparente que significativo en este punto (cfr. Renzikowski, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, *ARSP*, n. 104, p. 121, 2005).

5. Pues bien, en esta tradición en la que cobran protagonismo para la construcción del sistema las cuestiones relativas a la fundamentación material de las normas penales (sin que ello suponga, naturalmente, un descuido de las cuestiones provenientes del otro sostén metodológico fundamental: la teoría de la infracción) es donde se debe enmarcar la propuesta de Silva Sánchez en su *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Por un lado, al definir la norma de conducta primaria como el espacio de lo que merece y necesita ser amenazado con pena, por manifestarse como un hecho que perturba relevantemente el mundo de los bienes jurídicos, Silva pone el acento en delimitar correctamente el espacio de la conducta penalmente prohibida, surgiendo de ahí precisamente *la primera pieza del sistema*: la antijuricidad penal (en los términos en los que él la entiende; véase *supra* 1). Pero, por otro lado, Silva contribuye decisivamente a la elaboración de una teoría de los presupuestos de aplicación de la norma secundaria, recogiendo y desarrollando las primeras intuiciones de Roxin en ese sentido y también, de nuevo, las de Frisch. La construcción de la categoría de la sancionabilidad, como *segundo gran pilar del sistema*, y su vinculación no sólo a fines preventivo-generales, sino también garantísticos, es un hallazgo cuya capacidad de rendimiento no ha sido todavía hoy lo suficientemente explorada. Y, en términos más generales y por las razones expuestas, cabe afirmar –en mi opinión– que un planteamiento sistemático que construye el sistema –las *categorías*– sobre la base de la legitimación de la prohibición penal, por un lado y, por el otro, de la legitimación de la imposición de pena, para a continuación proceder a integrar en su seno lo relativo a las cuestiones de infracción de la norma (imputación) en sentido estricto, constituye un avance metodológico irrenunciable.

3. EL FUTURO DEL SISTEMA Y EL SISTEMA DEL FUTURO

El planteamiento ofrecido por Silva presenta la virtualidad adicional de mostrarse lo suficientemente abierto a acoger en su seno *concreciones parcialmente divergentes* a las que en su día el propio Silva llegó, dejando por lo demás intactos tanto los pilares de su construcción, como, sobre todo, la orientación general del sistema del delito a las decisiones jurídico-penales materiales básicas en los términos ya analizados.

Probablemente muchas de las eventuales alternativas a la concreción del sistema expuesto por Silva vengan motivadas por el cambio sustancial operado en las últimas décadas en la concepción dominante sobre las *finalidades de la pena* y sobre el *concepto material de delito*. El retroceso de la prevención general negativa en favor de una concepción de la pena como instrumento para la estabilización, reafirmación y reparación del Derecho negado por

el delincuente puede afectar, pues, a la concreta configuración del sistema. Estrechamente vinculado a ello, una concepción del delito como proceso que produce fundamentalmente daños de carácter ideal o normativo y también, si bien en un segundo plano, de carácter cognitivo, exigirá un ajuste de las categorías fundamentales que hayan de aprehender y sistematizar el fenómeno.

Resultaría un desafortunado atrevimiento tratar aquí de someter al sistema a *una posible revisión* en algunos de sus puntos de llegada. Tómese, pues, lo que sigue como meras hipótesis provisionalmente articuladas con el fin de provocar la permanente reflexión sobre el sistema, algo, por lo demás, inherente a la figura Silva Sánchez como penalista. No pretenden tampoco vaticinar el sistema que habrá de imponerse en las próximas décadas, sino tan sólo sugerir elementos para la discusión futura. En este sentido, la propuesta se articula sobre la siguiente idea general: la de una relectura del sistema a la luz de algunos de los planteamientos próximos a los de la que se viene denominando como corriente hegeliana –idea, valga añadir, presente en mayor o menor grado en los trabajos del propio Silva Sánchez posteriores a la *Aproximación*–. Considero, en efecto, que, por un lado, en el plano de la norma de conducta, ésta debería desvincularse en mayor medida de la teoría convencional del bien jurídico y apoyarse en consideraciones *estrictamente normativas* para definir el *injusto merecedor de pena*, que, en todo caso, *debería enriquecerse sustancialmente*. Por otro lado, el ámbito de los presupuestos de aplicación de la norma secundaria se verá también afectado en la medida en que no se trate ya de decidir sobre la concreta imposición de pena al sujeto *tras el fracaso preventivo motivatorio* de la norma de conducta, sino de decidir sobre la concreta imposición de pena al sujeto *tras la constatación de una desestabilización normativa*. Ello debería conducir, en lo que alcanzo, a un *adelgazamiento* del contenido atribuido a este segundo nivel. Veamos brevemente ambas cuestiones.

3.1 La antijuricidad penal

1. Anclar la lógica de antijuricidad o del merecimiento de pena en la lesión de bienes jurídicos se ha revelado como algo problemático por varias razones. El que una conducta merezca pena no lo decide el dato de que constituya una lesión de un bien jurídico, sino el de que se trate de una *conducta gravemente discrepante de un orden general de conductas jurídicamente preestablecido*. El hecho no recibe su carácter de penalmente antijurídico de la presencia de un menoscabo en un bien jurídico ajeno, sino de la *lesión del orden vinculante de conductas*. Este orden, se funda y define con carácter previo al derecho penal y constituye su objeto de referencia, es el objeto de protección de las normas de

conducta penales. En todo caso, de lo que se trata es de si pautas de conducta vigentes con anterioridad deben ser *aseguradas* mediante el derecho penal.

De ahí que, conforme va retrocediendo el pensamiento que vincula el daño que caracteriza al delito como resultado físico-material y se sustituye por una concepción normativo-ideal de ese daño, esto es, como lesión del derecho de libertad o autonomía de los demás, entonces también se siga que la *categoría de la antijuricidad deba sufrir modificaciones*. Expresado en términos radicales: la norma de valoración neokantiana no debe entenderse referida a procesos naturales, como entendieron tanto el causalismo como el finalismo, sino a la dinámica de las esferas de libertad y autonomía individuales. De entrada, pues, en el centro del *concepto material de delito* cabría situar la noción de autonomía o de esferas individuales que se constituyen con carácter previo a las normas de conducta y son su objeto de referencia.

2. Ciertamente, en segundo lugar, la *genuina decisión jurídico-penal* residiría en la extensión de la protección de aquellas esferas jurídicas autónomas. Ello sigue siendo una cuestión de merecimiento de pena y, por cierto, una cuestión que tiene que decidirse con carácter previo (o por lo menos independiente) a si la conducta reúne o no el resto de presupuestos para constituir una infracción de una norma. Aquí, naturalmente, es imprescindible el vínculo entre la concepción de la pena que se sostenga y la extensión de las realidades que serán consideradas merecedoras de pena. En este sentido, puede hablarse de norma jurídico-*penal*, esto es, en el sentido, de una norma de conducta que se emite sobre la base de la distribución jurídica previa de la libertad y que restringe o amplía la protección (por ejemplo la tentativa inidónea) con consideraciones propias del derecho penal, esto es, derivadas de la esencia de la pena: dado que ella es la reacción más importante en el conjunto del ordenamiento y dado que con ella se expresa un reproche ético-social sobre la conducta, la desautorización de la misma, en este nivel ello se traduce en requerir una decisión errónea personal cualificada en contra de los demás. La lesividad que debe explicar el derecho penal es, pues, la de conductas que ponen en cuestión gravemente el *propio sistema de derechos y libertades*. Se trata, en este punto, no simplemente de conductas que llegan a lesionar la libertad ajena, sino de conductas que tienen efectos más allá de la relación intersubjetiva y por ello deben ser objeto de intervención del propio Estado como agente activo. A este daño de carácter supraindividual, que puede concurrir –y normalmente lo hará– con un daño de carácter material, y que puede calificarse como *daño ideal o normativo*,[9] es

9. Cfr. Silva Sánchez, *InDret*, n. 3, p. 2, 2008.

al que se hace referencia cuando se alude a la *lesividad específicamente penal* de una conducta.

El hecho de que la lesión que lleva a cabo el autor de un delito vaya más allá de la lesión de la libertad ajena, produciendo un *daño normativo* que requiere intervención estatal nos indica que la discrepancia con respecto al orden de conductas jurídicamente correcto debe ser especialmente importante y ello en el sentido de que la conducta requiera ser *desautorizada* por el Estado, de manera que venga así a confirmar el orden de conductas lesionado como el vigente y no el que propone la voluntad particular del delincuente. En esta situación, el delito debe verse como un acto de un sujeto responsable con relevancia lesiva para la colectividad y que por ello merece ser colectivamente desautorizado.

"En suma, dado que aquí ya estamos en el ámbito específicamente penal cabe requerir, por la particularidad de la pena como reproche ético-social (como desautorización), que sólo aquellas conductas que se manifiesten como decisiones erróneas (discrepantes de la forma de conducta jurídicamente correcta) de cierto peso puedan ser objeto de las normas de conducta penales. Este razonamiento debe llevarse a cabo tanto desde el punto de vista general, como desde el punto de vista de la concreción de la norma de conducta a la situación concreta (donde debe tenerse en cuenta, por ejemplo, el desistimiento o las situaciones de colisión de bienes)."

3. Este planteamiento conduce a *enriquecer sustancialmente la tradicional categoría del injusto típico* (que ya no se identifica con un proceso imputable de conducción a resultados), sino que es entendida ahora como desaprobación jurídico-*penal* (específicamente penal) de conductas, situándola en el centro del sistema. Probablemente ello tenga que producirse trasladando *parte* de los problemas que tradicionalmente se examinaban en niveles posteriores a ese momento en que se fundamenta el juicio de desaprobación penal. En efecto, en un planteamiento en el que el derecho penal aparece como instrumento que asegura y protege ciertas formas de comportarse jurídicamente, las relaciones entre tipicidad y justificación estarán marcadas por las relaciones entre el orden jurídicamente vinculante de conductas con carácter previo al derecho penal y las consideraciones específicamente penales de protección de ese orden. Dicho de otra manera: si la categoría de la tipicidad se enriquece hasta el punto de ser un juicio sobre el carácter cualificadamente erróneo de una conducta, entonces es claro que se desplaza ya al primer nivel de análisis el dato de que una conducta que no quebranta ese orden, sino que lo confirma, no puede ser una conducta que interese al derecho penal. En tanto la tipicidad deja de entenderse como la mera constatación de un estado físico disvalioso imputable a un sujeto,

también carece de sentido un juicio normativo de justificación posterior sobre la corrección jurídico-general de la conducta. A las mismas conclusiones habría que llegar, *mutatis mutandis*, en relación con ciertas cuestiones que habitualmente se tratan más allá del ámbito de la antijuricidad –en sentido convencional– y que, en mi opinión, afectarían ya a la propia desaprobación jurídico-penal de la conducta. Concretamente, la gran mayoría de los problemas que se ubican en la *exigibilidad* como causa de exculpación son problemas que tienen que ver con el *carácter penal* del injusto de la conducta, lejos, pues, de ser cuestiones ajenas al merecimiento de pena y vinculadas exclusivamente al ámbito de la culpabilidad según el entendimiento hoy mayoritario.

"Probablemente sea en este punto donde pudieran surgir las principales discrepancias entre el planteamiento de Silva y el ahora sugerido. Sin embargo, según creo, casi todas ellas tendrían un carácter más formal que material, pues tanto en las primeras formulaciones que efectuara de la categoría de la sancionabilidad como en sus planteamientos más recientes sobre los grupos de supuestos que abarca, está presente en esta categoría un componente de plena y radical normativización: la noción de *distribución justa de cargas*. Componente que, sin embargo, yo propondría ubicar ya en el injusto merecedor de pena."

4. Asimismo, es ya una cuestión que afecta al merecimiento de pena y, por consiguiente, que se sitúa en pleno centro del injusto penal, la relativa a los *presupuestos subjetivos necesarios para afirmar la infracción de una norma*. Como ha quedado expresado repetidamente, esta es, ciertamente, una cuestión relativamente independiente a la de la determinación en abstracto de las conductas que discrepan cualificadamente del orden jurídico de conductas. Sin embargo, carece de sentido hablar de un injusto que requiere la pena como expresión de sentido para ser negado si, a su vez, tal injusto no expresa también una *intensidad de sentido*. Por ello, y como el propio Silva ha reconocido con posterioridad a la *Aproximación*, parte de la culpabilidad, esto es, la libertad mínima externa e interna del sujeto es presupuesto para afirmar la infracción de la norma.[10] Estamos, en este punto de nuevo ante una vieja discusión de la teoría de las normas –centrada ahora sí en los problemas de infracción e imputación– que más que replantearse desde su base debe acometerse discutiendo *qué concretos elementos de la libertad deben concurrir para que el Derecho de la pena llegue a calificar una conducta como infractora de la norma*. La doctrina actual discute intensamente sobre este punto aunque pueden aislarse tendencias inequívocas en el sentido señalado últimamente por Silva en las obras de penalistas de muy diferentes tradiciones como Hruschka, Jakobs y Freund.

10. Silva Sánchez, *Normas y acciones en derecho penal* cit., 136.

"En este sentido, cabe seguir planteando si la concesión de fines preventivo-intimidatorios en el nivel de la norma de conducta no debería conducir a asumir que una parte de la culpabilidad es presupuesto de la infracción de la norma. Del mismo modo, partiendo de la finalidad de la pena como instrumento para la reestabilización del Derecho, resulta claro que se requerirán a su vez determinados aspectos personales para poder imputar la infracción: la capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuricidad y la ausencia de situaciones de necesidad coactivas, son ya aspectos que impiden imputar personalmente una decisión concreta y, por consiguiente, hablar de infracción de la norma de conducta. Algo similar sucede desde el punto de vista de la situación concreta en la que hay que tener en cuenta el esfuerzo efectuado por el sujeto para evitar la conducta errónea (la voluntariedad en el desistimiento, la información en el error de prohibición y la situación motivacional anormal en el miedo insuperable). Sobre esta última cuestión parece que también podrían surgir ciertas discrepancias –no insalvables a mi juicio– entre los planteamientos de Silva y el que estoy siguiendo."

3.2. La sancionabilidad penal

1. Un último aspecto proveniente del sistema diseñado en la *Aproximación* y susceptible –a mi juicio– de posible revisión afecta a la categoría de la *sancionabilidad*. La legitimación de la imposición de pena en concreto también tiene que resultar afectada por una concepción de los fines de la pena que se distinga por el factor de la contradicción normativa y por el restablecimiento del Derecho mediante la pena. Si la hipótesis que estoy lanzando es correcta, esto es, si la operación básica del sistema tiene lugar mediante el asilamiento de las propiedades de un injusto que expresa una negación personal del Derecho y por ello merece pena (debe de ser castigado), entonces la cuestión es si *más allá de ese injusto personal* del autor hay espacio para ulteriores consideraciones que *nieguen* el castigo. Al respecto nada obsta para seguir manteniendo *el resultado* en este segundo nivel, fuera por tanto del injusto personal. En cambio, en coherencia con lo afirmado antes, *el sí de la culpabilidad* ya no sería una cuestión de sancionabilidad. Aunque no puede ofrecerse en este marco una fundamentación con el detenimiento necesario, tal y como también se avanzó unas líneas mas arriba a propósito de la antijuridicidad penal, habría que concluir lo mismo con relación a la *exigibilidad* (esto es, al ámbito operativo de las causas de exculpación). Si ello fuera efectivamente así, ¿qué quedaría entonces como contenido propio de la sancionabilidad?

2. Se trataría, en efecto, de la contemplación *ex post del conflicto generado entre el autor de un injusto culpable y la sociedad*. No obstante, aquí el conflicto

ya no se refiere al restablecimiento del Derecho mediante la desautorización normativa, sino a *la lógica de los efectos del delito*. Afirmada la culpabilidad del sujeto por la erosión al Derecho (culpabilidad por el daño normativo-ideal), surge la necesidad de contemplar los efectos reales del delito.[11] Tales efectos reales, constituyen otra dimensión del daño que también deberá compensarse *a costa* del culpable. Aquí el daño ya no es normativo-ideal, sino cognitivo o fáctico: el delito produce inseguridad (*daño intelectual del delito*).[12] Cuando para contrarrestar tales efectos fuera necesario el recurso a la pena concretamente prevista por la proposición legal (lo que habrá de ser la situación "normal"), el hecho sería sancionable. Cuando no lo fuera, por las razones más diversas en las que ahora no me puedo detener (pero en todo caso operando de manera excepcional), entonces tendría sentido contentarse con la *declaración de culpabilidad* y negar la imposición de la pena concreta en el sujeto infractor. Ciertamente, aquí la compensación no tiene lugar con arreglo a la lógica del "pago de lo mismo" (justicia conmutativa), sino con la del deber de tener que soportar el sufrimiento necesario para demostrar que el delito es, según una medida general, un "proyecto desafortunado":[13] *justicia distributiva*.[14]

---

11. Modificando su planteamiento original, lo reconoce ahora, Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 141. Véase un comentario general a la nueva concepción de la pena en este autor, compartiendo ampliamente la introducción de la perspectiva cognitiva, Silva Sánchez, *InDret*, n. 4, p. 1 y ss., 2006, p. 5: "la cimentación cognitiva no es, en fin, un 'elemento corrosivo' de la teoría, sino el camino de su vuelta al 'mundo social real'. Naturalmente que con ello se diluye la anterior 'unidad conceptual' de la teoría. Pero es que tal unidad conceptual no es en ningún caso un bien en sí mismo, sino sólo en tanto que sea capaz de dar cuenta de la realidad. Y resulta que ni el delito, ni la pena, ni sus sujetos se mueven sólo en el plano de la comunicación ideal". Críticamente, sin embargo, Cancio Meliá y Feijóo Sánchez, *Estudio preliminar a Jakobs. La pena estatal: significado y finalidad*, Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 56.

12. Alude a ello, Silva Sánchez, *InDret*, n. 4, p. 4, 2006.

13. Jakobs, *Rechtszwang und Personalität*, 2008, p. 34: "missglücktes Unternehmens".

14. Henkel, *Introducción a la filosofía del derecho*, 1968 [original alemán del año 1964] (trad. Gimbernat Ordeig), p. 518: "la imposición del castigo es un acto de justicia distributiva de la Sociedad, que impone al autor, conforme a su "mérito" una carga o deber con el fin de la reparación social (no de una reparación moral) (...) La pena representa, más bien, una prestación que el culpable ha de aportar a la sociedad y mediante la cual el infractor puede volver a recobrar el estatus de dignidad social, menoscabado por la comisión del delito"; Roxin, *JuS*, p. 384, 1966: "la imposición de la pena está justificada si se consigue armonizar su necesidad para la comunidad jurídica con la autonomía de la personalidad del delincuente que debe ser así mismo

3.3 Consideración final

El planteamiento sistemático elaborado por Silva Sánchez hace casi veinte años está en condiciones de aglutinar e integrar los aspectos básicos de la teoría de la responsabilidad penal que han sido formulados a lo largo de los últimos doscientos años por la dogmática penal, incluyendo los más recientes. Sobre todo pone de manifiesto en mayor medida que las aproximaciones clásicas que el primer pilar del concepto de delito debe estar constituido por las consideraciones relativas a la prohibición, a su legitimidad material y desde los fines de la pena. Sólo a partir de ahí tiene sentido preguntarse por los presupuestos subjetivos de la infracción de la norma de conducta y, finalmente, cuestionarse si concurren otros factores –excepcionales– que no hacen necesaria la concreta imposición de pena al sujeto responsable de la infracción.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva, de Luyla Cavalcante de Souza – *RBCCrim* 66/77; e
- Reflexiones sobre la "victimodogmatica" en la teoria del delito, de Manuel Cancio Meliá – *RBCCrim* 25/23.

---

garantizada por el Derecho. De ninguna manera se excluyen entre sí estos dos puntos de vista, como a menudo se supone. Pues si el estado debe asegurar al ciudadano sus bienes jurídicos, el reverso es que todo miembro de la comunidad debe hacer, por su parte, lo que sea necesario para cumplir esta tarea común, es decir: *para el mantenimiento del orden, debe cargar sobre sí la pena precisa*, del mismo modo que, por ejemplo, debe soportar el deber del servicio militar o pagar impuestos, sin que por ello sea lesionado en su dignidad humana" (sin cursivas en el original); Gimbernat Ordeig, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?, *Estudios de Derecho Penal*, 3. ed., 1990, p. 153: "puedo aceptar y conformarme con que se me prive de la libertad, aunque sea para mi muy doloroso, *si con ello presto un servicio a la comunidad*" (sin cursivas en el original). Siguiendo en esta misma línea, últimamente, Pawlik, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, 2004, p. 91.

60313

CONSENTIMIENTO EN EL TRATAMIENTO MÉDICO Y AUTONOMÍA. ALGUNAS REFLEXIONES DESDE LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA

3

Autonomy and medical treatment consent. Some reflections from the Spanish Perspective

MANUEL CANCIO MELIÁ

Prof. Dr. Dr. h.c., Universidad Autónoma de Madrid.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: El artículo cuestiona la supuesta centralidad de la idea de la superación del paternalismo y la prevalencia de la autonomía del paciente en las relaciones con sus médicos y busca trazar un esbozo crítico de la institución del consentimiento informado a la luz del principio de autonomía del paciente, bajo la perspectiva de la reglamentación española. Constata que en la reglamentación de los elementos del consentimiento informado -consentimiento, información y capacidad de consentir- la hipótesis de la superación del paternalismo no reproduce la realidad de la evolución social, o la simplifica en exceso. Verifica que la invocación de la autonomía acaba siendo mayor que su transposición efectiva y propone algunas líneas para reflexionar sobre soluciones.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal médico - Consentimiento - Consentimiento informado - Autonomía y paternalismo.

ABSTRACT: This article questions the supposed centrality of the idea of overcoming paternalism, and the prevalence of the patient's autonomy in its relations with its doctors; it also tries to draft a critical outline of the institution of informed consent, in light of the patient's autonomy principle, under the perspective of the Spanish regulation. It notes that in regulating the elements of informed consent - consent, information and capacity to consent - the hypothesis of overcoming paternalism does not reproduce the reality of social evolution, or it oversimplifies it. It establishes that invoking autonomy is actually greater than its effective transposition and proposes some thread of thought on solutions.

KEYWORDS: Medical criminal law - Consent - Informed consent - Autonomy and paternalism.

SUMARIO: I. Introducción - II. Prolegómenos: algunas consideraciones sobre la relación médico-paciente - III. Consecuencias jurídico-penales de la ausencia de consentimiento válido - IV. La posición del médico en el consentimiento informado - V. Alguna conclusión.

Juan Fernández Carrasquilla ha dedicado sus energías científicas a ocuparse, sobre todo, de las grandes cuestiones de la Parte General del Derecho penal.[1] En toda su obra, esas cuestiones fundamentales son tratadas de un modo que nunca olvida, aún en los análisis de detalle dogmático, los fundamentos normativos básicos del modelo de Estado. Una de estas bases del sistema jurídico-político establecido en Occidente está en la idea de autonomía del individuo. En materia de Derecho penal, por supuesto, es la problemática de la libertad del autor de una infracción penal lo que ha motivado la discusión doctrinal. Sin embargo, la idea de autonomía se manifiesta en el ámbito jurídico-penal, como cuestión fundamental, también en un campo de regulación aparentemente perteneciente a un ámbito sectorial: el ejercicio de esa autonomía –que *Fernández Carrasquilla* explicita ubicando la institución del consentimiento como un supuesto de "ejercicio de la libertad jurídica"[2]– en el contexto específico de las relaciones médico-paciente. Por ello, por la conexión con un fundamento básico de nuestro sistema jurídico-político, quizás resulte adecuado contribuir a un libro editado en honor del profesor *Fernández Carrasquilla* con un texto que intenta distinguir en este ámbito entre retórica y normas positivas.

I. INTRODUCCIÓN

1. Puede afirmarse que, desde la perspectiva jurídica, en todo el entramado de la medicina nuestra época está dominada por la idea-fuerza de la *autonomía*.

---

1. El presente trabajo está en prensa (11/2011) para el *Libro en homenaje al profesor Juan Fernández Carrasquilla*, Universidad de Medellín. Las tesis contenidas en el texto fueron formuladas inicialmente en las ponencias "El consentimiento en la actividad médica", presentada en el III Congreso Internacional de Derecho Penal, "La responsabilidad penal del médico", Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá (10.09.2009), y "Aufklärung und Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung. Eine Skizze aus der Perspektive des spanischen Patientenautonomiegesetzes", presentada en el "4. Portugiesisch-Deutsches Symposium: 'Strafrechtliche Fragen zu Lebensbeginn und Lebensende'", Universidad de Bonn, Facultad de Ciencias Jurídicas y del Estado, Instituto de Derecho Penal, Bonn (04.12.2009). Agradezco a los participantes en ambos encuentros las observaciones formuladas.

2. *Derecho penal fundamental. Teoría general del delito y punibilidad.* Reimpr. de la 2. ed., 1989. t. II, p. 365 y ss., 367 y s.

De hecho, en España, el instrumento normativo decisivo en este ámbito –recogiendo los elementos esenciales de toda la relación médico-paciente– está constituido ahora por una Ley que se denomina, precisamente, "de autonomía del paciente".[3] La legislación española en esta materia, en lo que alcanzo a ver, es especialmente explícita respecto del valor que atribuye a la autonomía de la persona sometida a tratamiento.[4] En este ámbito –como en otros sectores de la evolución de la legislación criminal– se advierte que la peculiar historia política reciente de España, esto es, la permanencia de la dictadura nacional-católica hasta 1977, ha conducido a un fenómeno de condensación del desarrollo político-criminal. Mientras que aún a mediados de los años ochenta adquirieron notoriedad pública varios supuestos en los que –con autorización judicial e invocando un estado de necesidad– se obligó a varios miembros de la agrupación religiosa de los Testigos de Jehová a recibir en contra de su voluntad transfusiones médicamente indicadas que éstos –adultos imputables– rechazaban por motivos religiosos,[5] 20 años más tarde, en el año 2007, una mujer aquejada de distrofia muscular progresiva y completamente paralizada por ello de cuello para abajo –pero sin ningún riesgo actual que amenazara su vida– demandó –y obtuvo sin más repercusión que alguna protesta airada de príncipes de la Iglesia católica– que se le retirara la respiración artificial, invocando su derecho a rechazar un tratamiento (art. 2.4 LAP) – aunque fuera de soporte vital.[6] El derecho a la protección de la salud establecido en el art. 43.1 CE se vincula así de modo muy estrecho a la base fundamental sentada

3. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP); se trata de una modalidad de Ley –próxima a la *Rahmengesetz* [= Ley marco] alemana–, prevista en el art. 149.1.1.ª y 16.ª de la Constitución española (CE) que está destinada a asegurar una competencia legislativa elemental al Estado (central) frente a las Comunidades Autónomas –en cuyo ámbito de competencia cae, en principio, la materia sanitaria (art. 148.1.21ª CE)–.

4. Así, por ejemplo, se afirma en la STS [= sentencia del Tribunal Supremo] de 12.1.2001 (Sala de lo Civil) que el consentimiento informado es en el ordenamiento jurídico español un derecho humano fundamental.

5. Cfr. las referencias en: CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, 2. ed., 2001, p. 51 y s.; sobre la situación actual vid. sólo: PÉREZ TRIVIÑO, Testigos de Jehová: entre autonomía del paciente y paternalismo justificado, *InDret* 2/2010.

6. Cfr. las referencias al caso en: [www.elpais.com/articulo/sociedad/Chaves/decision/trasladar-la/hospital/publico/fue/Vaticano/elpepusoc/20070315elpepusoc_1/Tes]; sobre el rechazo de tratamientos de soporte vital conforme al actual Derecho español vid. Sólo: ARRUEGO RODRÍGUEZ, El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español, *InDret* 2/2009.

en el art. 10 CE en la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos para el "orden político y la paz social".

Parece que la autonomía ha triunfado definitivamente sobre el paternalismo, que estamos en una estación de llegada, y que este cambio de orientación también se proyecta sobre la responsabilidad penal. Cabe formular entonces ya aquí la hipótesis de que forzosamente deberá ser distinta –más amplia que en un ordenamiento paternalista– la responsabilidad penal del personal sanitario en un sistema regido por el valor autonomía, si el paciente pasa de ser objeto a constituirse en sujeto, en partícipe del tratamiento, pudiendo la omisión de dicha participación –el consentimiento otorgado por el paciente– dar lugar a responsabilidad criminal.

2. La apoteosis jurídica de esta primacía de la autonomía está, entonces, en el consentimiento como elemento esencial de la relación médico-paciente.[7] Como es obvio, en el ámbito del tratamiento médico, con sus conocimientos hiperespecializados, el consentimiento del paciente será siempre papel mojado si no se fundamenta en un conocimiento razonable de la situación y de las alternativas médicas ante las que se encuentra; es necesario, por lo tanto, que reciba –también teniendo en cuenta sus características intelectivas– la información necesaria para poder prestar un consentimiento que merezca tal nombre y calificación jurídica. Hasta tal punto esto es así, que en la terminología jurídica en español se ha impuesto la denominación –redundante– de "*consentimiento informado*" para el consentimiento en el ámbito del tratamiento médico.

Éste –el de la autonomía– es el eje de toda la regulación: en el plano de los principios –y con base en el Convenio de Oviedo sobre Biomedicina–[8] el art. 2 LAP proclama la autonomía como elemento clave de todo el sistema normativo:

---

7. Sobre la ubicación sistemática del consentimiento en la institución general de la competencia de la víctima vid. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*... (nota 5), p. 157 y ss., 172 y ss.; sintéticamente idem, *ZStW* 111 (1999), p. 357 y ss., 363 y ss.

8. Tratado internacional al que atribuye una importancia decisiva el legislador español en la génesis de la LAP (vid. la Exposición de Motivos); Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 04.04.1997; ratificado por España (*Boletín Oficial del Estado* 20.10.1999); vid. sobre todo el art. 5: cualquier intervención sobre el paciente "...sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias."

"Artículo 2. Principios básicos

1. La dignidad de la persona humana, *el respeto a la autonomía de su voluntad* y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.

2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el *previo consentimiento* de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una *información adecuada*, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.

3. El paciente o usuario tiene derecho a *decidir libremente*, después de recibir la *información adecuada*, entre las opciones clínicas disponibles.

4. Todo paciente o usuario tiene *derecho a negarse al tratamiento*, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito" (sin cursiva en el original).

En el plano operativo de la institución del consentimiento, la LAP comienza por definirlo, en su art. 3, del siguiente modo: "Consentimiento informado: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud." La regulación concreta se encuentra dividida, en sus reglas generales, entre los arts. 4 (información) y 8 (consentimiento informado):

"Capítulo II

El derecho de información sanitaria

Artículo 4. Derecho a la información asistencial

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

(...)

Capítulo IV

El respeto de la autonomía del paciente

Artículo 8. Consentimiento informado

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento."

3. Si falta el consentimiento, o no es válido, el médico puede ser responsable de un delito por realizar su intervención. El consentimiento informado, la plasmación de la autonomía en reglas jurídicas, se convierte, entonces, en la cuestión central de la responsabilidad penal del personal sanitario – y por ello ha atraído intensamente la atención de la doctrina científico-jurídica, también en la dogmática penal. En lo que sigue, se intentará llevar a cabo un esbozo crítico de la institución del consentimiento informado a la luz del principio de autonomía del paciente y desde la perspectiva de la regulación legal española. Para ello, en primer lugar (infra II) me tomaré la libertad de formular alguna breve especulación diletante sobre la relación médico-paciente. En segundo lugar (infra III), se expondrá, también muy sintéticamente, el estado de la cuestión del *título* de posible responsabilidad penal, es decir, el delito que puede ser cometido por el médico al imponer el tratamiento. En tercer lugar (infra IV) se podrá pasar ya a un somero estudio de la regulación española del consentimiento informado en el ámbito médico, para concluir (infra V)

formulando algunas hipótesis, conforme a las cuales el contenido real de la regulación no se corresponde con la retórica dominante de la autonomía.

II. PROLEGÓMENOS: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

1. El grado de desarrollo de la posible responsabilidad jurídico-penal del médico en su actividad en relación con el paciente, como acaba de decirse, es un espejo especialmente fiel de la estructura de toda la relación entre ambos.

La representación habitual del actual estado de evolución de esa relación suele consistir, en lo que alcanzo a ver, en la bibliografía jurídica, en lo esencial –permítase una simplificación– en presentar el momento actual como el del triunfo de la autonomía sobre la vieja medicina hipocrática de orientación paternalista.[9] Estaríamos pasando actualmente de una relación asimétrica marcada por el principio de beneficencia a una relación de igualdad entre médico y paciente en la que la autonomía (y autorresponsabilidad) del paciente se convierte en principio dominante y requiere del profesional sanitario una modificación de su posición, en particular, el cumplimiento de amplios deberes de información frente al paciente, para que éste esté en condiciones de decidir en verdadera libertad. Correlativamente, progresaríamos –así esta representación– desde una situación de *medicus legibus solutus*, también en el ámbito penal, hacia una situación en la que, como cualquier ciudadano, responde de su actos, dolosos e imprudentes. De hecho, en el momento actual hay incluso una grave preocupación por una posible hiperjuridificación (incluyendo la penal) de la actividad médica, como es sabido, productora de la temida *medicina defensiva*.

Sin embargo, también puede pensarse que de ese modo no queda correctamente descrita la evolución habida. Posiblemente, aquello que suele denominarse "medicina hipocrática" –frecuentemente, en lo que alcanzo a ver, sencillamente en el sentido de "medicina precientífica" (anterior al S. XIX)– no sólo tenía rasgos paternalistas, sino incorporaba también elementos de la medicina tradicional popular, en la que las relaciones entre el enfermo y quien lo trata no implican siempre supra- y subordinación, sino se insertan en un contexto religioso sin componentes de jerarquía. Por otra parte, la medicina del siglo del triunfo de la autonomía, del liberalismo, es decir, la medicina científica del siglo XIX, estaba lejos de *no* ser paternalista: la cientificación

9. Cfr. por todos: GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, 2001, p. 43 y ss.

de todo el proceso curativo, la preeminencia de una visión biologicista-mecanicista, sus batas blancas, su tendencia al aislamiento de acuartelamiento militar introducido con el moderno sistema hospitalario, etc. (recuérdese el análisis de *Foucault*),[10] era/es paternalista. Implica, al menos, cierta pulsión paternalista, ya que conlleva la definición de un concepto objetivo de salud determinado de modo científico, externo al paciente; su autonomía no está presente en el núcleo de ese concepto de salud.

Parece la base del entendimiento de salud que actualmente predomina en nuestra sociedad sigue anclada en esa aproximación científico-objetiva: la medicina es una actividad orientada por la ciencia hacia el restablecimiento de la normalidad corporal.

Puede ser que este modelo, además, esté comenzando a cambiar – en una dirección no necesariamente compatible con el reinado irrestricto de la autorresponsabilidad, como aquí se intentará mostrar. Los impresionantes avances en materia de ciencias de la salud y en biología han comenzado a transformar el concepto de salud y de la relación médico-paciente. Como señala *Beck* en su *Sociedad del riesgo*, en cierto modo la cada vez más amplia divergencia entre las posibilidades de diagnóstico y las de tratamiento –lo que conduce a cada vez más enfermos crónicos sin curación posible– supone la exacta inversión del modelo hospital-taller de reparación del siglo XIX: el paciente ya no es extraído temporalmente de la sociedad para ser devuelto sano a ella, sino que es devuelto por el sistema sanitario, sin necesidad de más contacto que el ambulante, con la calificación de enfermo sin previsible curación.[11]

2. Si recordamos ahora los cantos normativos de los preceptos contenidos en la LAP respecto de la autonomía –condensada en el consentimiento informado– que antes se han reproducido, se observa que en realidad las cosas no pueden ser tan sencillas. Parece claro que pervive el pensamiento objetivista-paternalista de la aproximación científica a la medicina en la base misma del modelo médico occidental.

¿Qué conclusión cabe extraer de estas especulaciones sobre la realidad de la relación médico-paciente? Una hipótesis muy básica, pero que parece clara: el relato de la superación del paternalismo (malo) por la autonomía (buena) no reproduce la realidad de la evolución social, o, al menos, la simplifica en

10. *Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses*, 1976, p. 181 y ss.

11. Vid. sólo: BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1986, p. 329 y ss.

exceso, y por ello no puede describir correctamente la realidad de la relación entre médico y paciente sobre la que se proyecta la regulación jurídica.

Como se ha intentado mostrar, por un lado, la mística cientifista que rodea el modelo médico occidental en sus mismas raíces supone una tensión estructural entre la tendencia hacia una única "salud objetiva" médicamente definida y la autonomía con sus múltiples opciones, ya que el médico es en este modelo necesariamente el guardián de la información que da acceso al ejercicio de la autonomía. En este ámbito, podría hablarse de la autonomía del ignorante, es decir, de una ficción de autonomía si no hay información.

Por otro lado, la evolución vertiginosa de la ciencia médica, con la consiguiente falta de correspondencia entre las capacidades (cada vez más amplias) de diagnóstico con las posibilidades terapéuticas (que no pueden crecer al mismo ritmo) intensifica la contradicción entre el principio de autonomía y –como veremos– las posibilidades, deseos y necesidades de limitar el acceso del paciente a una información que puede ser negativa para él.

En síntesis: la efectiva posición de la idea de autonomía en las relaciones entre médico y paciente es mucho más compleja de lo que puede dar a entender una consideración superficial.

Sembrada –así cabe esperar– alguna confusión mediante estos borrones en el cuadro de la autonomía triunfante, procede ahora, como antes se indicó, cambiar de tercio para pasar al análisis jurídico. Sin embargo, aún no toca llegar al consentimiento: es necesario abordar previamente la perspectiva penal sobre esta institución en el ejercicio de la actividad médica.

III. CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES DE LA AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO VÁLIDO

1. Conviene seguir ahora, como antes se ha anunciado, por una pregunta que continúa en el entorno del consentimiento en sentido estricto, pero resulta imprescindible: si el consentimiento es el rey de la regulación, el eje del tratamiento jurídico de la relación médico-paciente, ¿qué consecuencias *jurídico-penales* corresponden a su ausencia o invalidez? En lo que sigue, podré limitar mi reflexión a un esbozo muy básico, puesto que la discusión es la misma –bajo el predominio de la discusión alemana–, por ejemplo, en Portugal, Alemania y España.[12]

12. Y dejando fuera de consideración la cuestión sistemática, ampliamente debatida, de si se trata siempre de una causa de justificación, de si hay que distinguir entre consentimiento (*Einwilligung*, causa de justificación) y acuerdo (*Einverständnis*,

No plantea particular dificultad el supuesto en el que, no habiendo consentimiento válido, la intervención médica acaba en fracaso o no estaba siquiera indicada: estaremos, según los casos, ante delitos de homicidio o lesiones. Donde se mide realmente la potencia de la idea de autonomía es en el otro grupo de casos: aquellos en los que, no habiendo consentimiento válido del paciente, la intervención médica resulta exitosa conforme a los patrones de la *lex artis* médica.

Utilizando un ejemplo ideado en la doctrina española por *Peñaranda Ramos*,[13] imaginemos que un médico diagnostica a su paciente la presencia de cálculos biliares. La alternativa estándar para el caso es una intervención quirúrgica, que el médico propone al paciente aprovechando la necesidad de llevar a cabo otra intervención. El paciente no desea, por los motivos que sea, llevar a cabo la intervención relativa a los cálculos biliares. El médico – supongamos que se trata de un amigo del paciente que se siente autorizado a proceder de ese modo (paternalista) precisamente por la amistad que les une– incumple el deseo del paciente, y, una vez anestesiado éste, realiza la operación para eliminar los cálculos biliares. La operación resulta un éxito desde el punto de vista de los cálculos, que desaparecen.

¿Qué calificación merecen estos hechos? Se trata de una actuación médica técnicamente correcta en su ejecución, indicada y exitosa. Sólo están las molestias del postoperatorio y una pequeña cicatriz. Para la doctrina mayoritaria en España, lo ocurrido no puede ser calificado como delito de lesiones, ya que existiría una objetiva curación del sujeto.[14] Desde este punto de vista, sí que hay injusto en

---

excluyente de la tipicidad), o si, finalmente, el consentimiento siempre excluye la tipicidad; vid. sólo: ROXIN, *FS Amelung*, 2009, p. 269 y ss., DE VICENTE REMESAL, Consentimiento y acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuricidad? en LUZÓN PEÑA (ed.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, p. 113 y ss., y la monumental monografía de: DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em direito penal*, 1991. Sobre la situación en España respecto de los delitos de lesiones corporales, respecto de las cuales el art. 155 del Código Penal de 1995 dispone tan sólo (al menos para algunas de las infracciones) una reducción de la pena, y de las dificultades de interpretación que de ello derivan cfr. sólo: PEÑARANDA RAMOS en BAJO FERNÁNDEZ et al, *Compendio de derecho penal (parte especial) I*, 2003, p. 368 y ss., 374 y ss.; vid. respecto de la doctrina colombiana sólo: BERNATE OCHOA, Deber de información, consentimiento informado y responsabilidad en el ejercicio de la actividad médica, en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_30.pdf].

13. *Compendio de derecho penal*... (nota 12), p. 359.

14. Cfr., por todos y con diferentes argumentaciones: ROMEO CASABONA, *El médico y el derecho penal*, 1981, p. 273 y s.; JORGE BARREIRO, CPC 16 (1982), p. 5 y ss., 12, 16 y ss.; DÍEZ

la conducta del médico, pero no aquél que corresponde a una afectación de la salud; sólo quedaría mermada su libertad, al no respetar el médico su oposición a la intervención, pero su salud habría mejorado objetivamente. En consecuencia, se propone aplicar el delito de coacciones, o seguir el ejemplo portugués y austriaco de aprehender el injusto específico en un tipo de "intervención médica arbitraria". En cuanto a las lesiones, en síntesis, conforme a este punto de vista, el médico ha actuado conforme a la *lex artis*, y por ello no puede haber lesionado al paciente. Esta línea de pensamiento, aparte de ser Derecho positivo en Portugal y en Austria, es defendida también en un sector de la doctrina alemana, y allí *de lege ferenda*, incluyendo autores que hoy sí encuentran de aplicación el delito de lesiones a estos supuestos.[15]

Sin embargo, la jurisprudencia alemana –en lo que se alcanza a ver, desde los primeros pronunciamientos del *Reichsgericht* sobre la materia[16]– y un importante sector de la doctrina científica en Alemania y en España no comparten este razonamiento. Desde su punto de vista, existe una conexión íntima entre el bien jurídico "salud" y la autonomía del sujeto que obliga a calificar la intervención impuesta –en la medida en que implique una intervención corporal típica–[17] como delito de lesiones, aunque desde el punto de vista global y externo al paciente ("objetivo") la intervención haya producido una curación.[18]

RIPOLLÉS en DÍEZ RIPOLLÉS; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial I*, 1997, p. 568; MORILLAS CUEVA, Aspectos penales del consentimiento informado, en TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de, GURDIEL SIERRA, Manuel, CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (coords.) *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 787 y s.; RUEDA MARTÍN, La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa, *InDret* 4/2009, p. 7 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8. ed., 2008, 18/49 y s., 53; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18. ed., 2010, p. 126 y s.; respecto de la situación en Alemania, vid. sólo: ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil I Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. ed., 2006, § 13 n.m. 26 y ss.; vid. también en esta línea: BERNATE OCHOA (nota 12), 3.1.

15. En este sentido, por ejemplo, FRISCH (en: idem [ed.], *Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts*, 2006, p. 34) dice que la aplicación del delito de lesiones es una "solución de urgencia".

16. Vid. sólo las referencias en: FRISCH (nota 15), p. 33.

17. Pues también conforme a la posición aquí defendida, un "irrespeto a la voluntad del paciente por sí solo" (ROXIN, *FS Amelung*, 2009, p. 285) no es suficiente para afirmar la concurrencia de una lesión; por el contrario, debe producirse específicamente una afectación del bien jurídico "salud" por el comportamiento del médico.

18. En esta dirección: ASÚA BATARRITA, Jano 48 (1995), p. 48; CORCOY BIDASOLO, LH Torío López, 1999, p. 268 y ss.; PEÑARANDA RAMOS (nota 12), p. 357 y ss.; LAURENZO COPELLO,

2. Desde el punto de vista aquí adoptado, es esta segunda aproximación la que se acomoda a un ámbito normativo gobernado por la noción de autonomía. Aquí se trata de *conflictos internos* dentro de la esfera de quien consiente.[19] Tomarse la autonomía en serio implica que la definición de intereses que está en la base del consentimiento debe entenderse como un asunto interno, como una *black box* para el observador externo al titular responsable. La noción de salud la define el titular imputable, no el médico ni ninguna otra instancia externa a él.[20]

En la jurisprudencia penal española son muy pocos los casos en los que llega a plantearse el problema. La sentencia más citada a este respecto[21] se refiere a un supuesto en el que resultó condenado por lesiones graves dolosas un ginecólogo que procedió a esterilizar –mediante ligadura de trompas– en el curso de una intervención quirúrgica a su paciente sin haber obtenido su consentimiento (si bien se apreció un error de prohibición vencible y se redujo muy notablemente la pena). En el recurso de casación presentado contra la sentencia condenatoria del tribunal de instancia, la representación del acusado adujo que "...es evidente que no podía recabarse el consentimiento de la paciente, porque las circunstancias no lo permitían, estando probado y reconocido en la sentencia, de una parte, que se trataba de una indicación médica correcta y, de otra, que se actuó con arreglo a la *lex artis ad hoc*, con lo que, según un amplio sector doctrinal, la intervención médica será una conducta atípica."

Frente a ello, el TS considera que

"El 'consentimiento' que determina la exención de responsabilidad, pese a la concurrencia de la lesión típica, ha de provenir de un sujeto naturalmente

---

Relevancia del consentimiento informado en el ámbito sanitario, en MUÑOZ CONDE (coord.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, 2008, p. 439 y ss.

19. Así, por ejemplo, JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. ed., 1991, 14/4 y s. con nota 9; ROXIN, *AT I*[4], § 13 n.m. 86 y ss., 88; PAEFFGEN, *FS Rudolphi*, 2004, p. 209.

20. Esto es conceptualmente independiente del hecho de que el legislador tiene la posibilidad de establecer ámbitos en los que –por razones paternalistas o simbólicas– se excluye la eficacia de la autonomía, como es el caso en la intervención en un suicido ajeno (§ 216 StGB o art. 143 CP) o, en el caso de la regulación española o de la alemana, una regla general en materia de lesiones (art. 155 CP; § 228 StGB); vid. al respecto sólo: JAKOBS, *FS Kaufmann*, 1993, p. 452 y ss.; ROXIN, *AT I*[4], § 13 n.m. 29; CANCIO MELIÁ (nota 5), p. 44 y ss.

21. STS [Sala Segunda de lo Penal] de 26.10.1995.

capaz, ser externamente recognoscible y, en todo caso, libre. Como decimos, tal consentimiento no existió en el presente caso... En cualquier caso, *la indicación médica correcta no puede considerarse lícita y justificante de la intervención* de que se trate, salvo que sea necesario tomar urgentemente alguna decisión al respecto, por existir riesgo inminente para la vida o la integridad de la persona; pues en tal caso estaríamos ante un típico 'estado de necesidad'. En otro caso, el médico no puede levar a cabo este tipo de intervenciones sin contar con la voluntad de la persona interesada ni, por supuesto, en contra de ella. Si, pese a ello, lo hace, *no puede 'justificar' su conducta alegando haber actuado en el ejercicio legítimo de su profesión*... Resta por analizar, por último, si en el presente caso el acusado pudo haber actuado con el 'consentimiento presunto' de la interesada. Mas debe reconocerse que el Doctor C. decidió personalmente la intervención de ligadura de trompas sin consultar siquiera el parecer de los familiares o personas allegadas de la mujer que pudieran acompañarla en aquellos momentos, según práctica inveterada en estos supuestos, como medio de poder conocer lo que, según tales personas conocedoras de la forma de pensar y de actuar de la interesada, ésta hubiera podido decidir de estar en condiciones para ello. No consta tampoco que la propia interesada hubiera podido manifestar al acusado su voluntad al respecto a lo largo del período de su embarazo, durante el que fue atendida por el mismo. En el presente caso, en conclusión, no concurre circunstancia alguna que pudiera justificar desde el punto de vista jurídico penal la conducta del acusado...

La persona es libre de decidir más allá de lo que, desde el punto de vista estrictamente médico, pudiera ser conveniente o aconsejable. ...podía decidir, llegado el caso, evitar nuevos embarazos por otros medios o, incluso, afrontar los riesgos de una nueva maternidad" (sin cursiva en el original).

Queda claro así que ha desaparecido definitivamente la idea –predominante durante mucho tiempo en doctrina y jurisprudencia en España– de que existe, siempre que se obre de modo técnicamente correcto, algo así como un derecho a intervenir que va implícito en la profesión médica,[22] o, dicho de otro modo, el Tribunal constata que no puede haber respeto a la *lex artis* sin el consentimiento del paciente.[23]

22. Concretamente, a través de la causa de justificación genérica del "ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo", art. 20.7 CP.

23. La información al paciente forma parte de la *lex artis*; cfr., por ejemplo, LAURENZO COPELLO, p. 417 y s.; respecto del derecho civil, vid. sólo: DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002*, 2. ed., 2007, p. 313.

Sin embargo, inmediatamente hay que introducir alguna cautela en este canto al triunfo de la autonomía del paciente también en la jurisdicción penal. En este sentido, debe subrayarse para el caso concreto antes referido que se trata de un supuesto especialmente grave y que se impuso –gracias a la aplicación del error de prohibición– una pena especialmente leve, y, con carácter general y sobre todo, que en lo que se alcanza a ver, son muy escasos los supuestos en los que se produce una condena del médico. Todo ello debe conducirnos a poner en duda, de nuevo, el relato de la superación del paternalismo por la autonomía.

IV. LA POSICIÓN DEL MÉDICO EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Como antes se ha anunciado, por fin llegamos al objeto en sí de las presentes consideraciones: la regulación del consentimiento del paciente. También aquí puedo limitarme, a los efectos de la presente exposición, a un breve esquema, puesto que los elementos esenciales de la situación normativa española coinciden –aun sin una regulación legal comparable– con los criterios elaborados, y ampliamente conocidos en la discusión en español, en la doctrina y jurisprudencia alemanas.[24] Partiendo, como hasta ahora, de la perspectiva de la autonomía, habrá que subrayar especialmente aquellos elementos de la posición del médico en los que se establecen deberes para el médico destinados a hacer posible el ejercicio de autonomía al paciente.

1. *Consentimiento*

Con carácter general, como es sabido, el consentimiento tiene como requisitos básicos que se otorgue con carácter previo a la intervención, que exista capacidad de disposición sobre el bien jurídico en cuestión y que el sujeto comprenda los términos de aquello en lo que consiente.

Lo que en este ámbito interesa ante todo es, obviamente, la configuración y los efectos de los vicios del consentimiento, es decir, los supuestos en los que el consentimiento es considerado inválido, jurídicamente inexistente y por ello incapaz de eliminar el injusto de la intervención heterónoma en su ámbito. Podemos dejar de lado la coacción o la violencia como vicios del consentimiento, y considerar sólo la inexistencia de consentimiento

24. Aunque hay que señalar que en España existe un intenso debate –sobre todo, llevado a cabo por civilistas– sobre los detalles en la doctrina y una rica *praxis* en la jurisdicción civil. Respecto de otros ordenamientos jurídicos occidentales cfr. Sólo: FISCHER; LILIE, *Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich*, 1999, p. 33 y ss., 42 y ss.; sobre la regulación colombiana vid. sólo: BERNATE OCHOA (nota 12), 2.

(*informado*) por ausencia de la información necesaria o por falta de capacidad para consentir.

En cuanto a lo primero, la información, como establece el art. 4.3 LAP, es el médico el garante de que el paciente la reciba. De acuerdo con la doctrina dominante, puede afirmarse que la ausencia de información será relevante cuando se refiere directamente al bien jurídico, por un lado, o afecta a la indicación –es decir, al sentido global– del tratamiento médico en cuestión, por otro. En consecuencia, la falta de suministro de la información necesaria puede abrir la puerta a la responsabilidad penal del médico: no es competencia del paciente obtener la información, puede confiar en que se la suministrará el garante, el médico que le trata. Hay que recordar que son muy escasos los supuestos de sentencias condenatorias en la jurisdicción penal, mientras que parece mucho más exigente con las características de la información la jurisdicción civil.[25]

En cuanto a lo segundo –la capacidad de consentir–, parece claro que éste es un ámbito especialmente relevante en el campo de la actividad médica: el paciente, enfermo –y muy especialmente en el cada vez más importante grupo de personas que sufren enfermedades crónicas a edades avanzadas–, puede presentar con especial facilidad características que pongan en cuestión su capacidad para consentir.

2. *Información*

Como deriva de la redacción del art. 4.3 LAP acabado de citar, el deber de suministrar la información –regulado, además, en el art. 5 LAP, como veremos– incumbe al "*médico responsable*",[26] aunque en su respectiva parcela de actuación, un deber de información sectorial corresponde a todos los profesionales sanitarios que traten al paciente, como indica expresamente el art. 4.3 LAP.

25. Cabe pensar que esto se debe a que ante la jurisdicción civil, la alegación de deficiente información en una demanda de responsabilidad constituye el último recurso –al no haber podido probarse una conducta técnicamente incorrecta por parte del médico– para el resarcimiento del paciente. Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO (nota 23), p. 310 y ss.; respecto de Alemania, cfr. Sólo: FRISCH (nota 15), p. 41; ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 3. ed., 2003, n.m. 53, 55, habla de una "función de recogida"; adopta una posición crítica con la jurisprudencia alemana (exigencias exageradas al médico) KNAUER en ROXIN; SCHROTH (eds.), *Medizinstrafrecht. Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht*, 4. ed., 2010, p. 19 y s.

26. Aunque el art. 5.3 LAP se refiere al "médico que le asiste", debe entenderse que se trata del médico responsable definido en el art. 3 como el profesional encargado de coordinar la asistencia e interlocutor principal; DOMÍNGUEZ LUELMO (nota 23), p. 210.

Sin embargo, en la práctica puede haber muchos supuestos asistenciales en los que no hay tal "médico responsable" porque el tratamiento es asumido por un equipo médico en su conjunto; en la jurisdicción civil, de hecho, esto ha conducido a que se haga en ocasiones responsable a la institución, es decir, al hospital, por ser imposible individualizar a un solo responsable médico.

En atención al principio de autonomía como horizonte rector de toda la actividad médica, e intentando una síntesis, puede afirmarse que el *fin primordial* de todo el proceso de información es el de ayudar a decidir al paciente conforme a *su* sistema de valores (vid. art. 4.2 LAP *in fine*). El *contenido mínimo* de esa información, como establece el art. 4.1, se refiere a la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de la actuación terapéutica proyectada o de su omisión.[27] Debe subrayarse que conforme al art. 4.2 LAP el médico ha de *adaptar* la información, para que resulte "comprensible y adaptada a las necesidades" del paciente. El médico también debe decidir, según ordena el art. 5.3 LAP, en qué casos el paciente no debe ser el destinatario la información (con lo que ésta debe trasladarse a las personas vinculadas al paciente), cuando "carezca de *capacidad para entender* la información a causa de su estado físico o psíquico". Lo que podría denominarse la *densidad* o *intensidad*[28] de la información –su detalle y alcance– debe adecuarse a la urgencia, si existe, a la necesidad de la intervención (en cuanto menor necesidad –en la medicina satisfactiva, por ejemplo, en cirugía estética–, mayor intensidad es requerida), y depende también de las características del paciente, de su estilo de vida u otros elementos particulares; de nuevo, se trata de ayudar al paciente a ejercer *su* autonomía. En cuanto a la *forma* –establecida al regular el consentimiento en el art. 8.2 y 3 LAP y de fundamental importancia en materia de prueba–, siendo el consentimiento verbal por regla general, se exige, sin embargo, la forma escrita para la cirugía, procedimientos invasivos en general y para todas aquellas actuaciones que "suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente", y debiendo incorporar el documento de consentimiento informado "información suficiente".[29] La regulación de la información prevé también aquellos supuestos en los que

27. Cfr. con mayor precisión DOMÍNGUEZ LUELMO (nota 23), 210 ff.; ULSENHEIMER (nota 25), n.m. 61 y ss.; KNAUER (nota 25), p. 21 y ss.

28. Así ULSENHEIMER (nota 25), n.m. 65 y FRISCH (nota 15), p. 43, 45 y ss.

29. En todo caso, en contra de ciertas prácticas arraigadas, un documento concebido exclusivamente como posible elemento de prueba de descargo no debe sustituir la comunicación verbal; vid. GALÁN CORTÉS (nota 9), p. 137 y ss.; DOMÍNGUEZ LUELMO (nota 23), p. 220 y ss., 309 y s.

por razones terapéuticas no conviene, precisamente, trasladar la información al paciente; en tal caso, el médico puede ejercer la "facultad"[30] de llevar a cabo el tratamiento sin información, y, por lo tanto, sin consentimiento.[31] Esta hipótesis, a veces denominada –siguiendo la terminología anglosajona– "privilegio terapéutico", es definida en el art. 5.4 LAP como *estado de necesidad terapéutico*:

"El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave.[32] Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho."

Finalmente, el dominio de la autonomía –y, cabe acotar, la divergente evolución de medios diagnósticos y terapéuticos de la que antes se ha hablado– conduce en determinados supuestos precisamente al *rechazo de la información* por parte del paciente: como dispone el art. 4.1 LAP antes reproducido, "toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada." Así se abre el campo aún más para la identificación de la necesidad de decisiones autónomas por parte del paciente, incluyendo la de no saber (¿someterse a un tratamiento doloroso que tiene pocas probabilidades de prolongar significativamente la vida?; ¿querer o no querer conocer un diagnóstico genético?, etc.). También en este punto, parece claro –cuando habla el art. 9.1 LAP de que el derecho del paciente a no conocer la información terapéutica queda "limitada por el interés de la salud del propio paciente... y por las exigencias terapéuticas del caso"– que el médico responsable es quien deberá decidir el concreto ejercicio de la renuncia a la información.[33]

---

30. Cfr. por ejemplo LAURENZO COPELLO, p. 424 y s.; DOMÍNGUEZ LUELMO (nota 23), 229 y ss., ambos con ulteriores referencias; respecto de Alemania, vid. sólo: ULSENHEIMER (Fn 24), n.m. 89.

31. LAURENZO COPELLO, p. 429 y s., indica que también puede generar responsabilidad en estas constelaciones que el médico se exceda en la información trasladada.

32. La LAP pone en claro que no se trata, en ningún caso, de piedad (por ejemplo, ante un diagnóstico fatal), sino de una terapia; vid. sólo DOMÍNGUEZ LUELMO (nota 23), p. 253 y ss.; respecto de Alemania: FRISCH (nota 15), p. 48 y s., ambos con ulteriores referencias.

33. Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO (nota 23), p. 338 y ss.

3. *Capacidad*

De acuerdo con su inspiración en el principio de autonomía, la LAP mantiene un criterio claramente orientado *pro libertate*: establece la edad de competencia plena a los dieciséis años y obliga a contar con los menores mayores de doce años (art. 9.3.c).

La evaluación de la capacidad del paciente corresponde al médico responsable que lo trata, quien debe enjuiciar si el paciente adulto es "capaz de tomar decisiones" (art. 9.3.a) LAP), así como la capacidad intelectual o emocional del paciente menor de edad de "comprender el alcance de la intervención" (art. 9.3.c) LAP).

Aunque no se dice expresamente en el texto legal, es evidente –y presenta problemas reales en la práctica– que la posición de garantía sobre el paciente que corresponde al médico responsable en materia de información continúa en los supuestos de incapacidad en los que se pasa a lo que la Ley denomina "consentimiento por representación".[34] El art. 9.5 LAP dispone que "La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario." Pues bien ¿quién, si no el médico, va a velar por que las cosas sean así? Por ejemplo, cuando haya discrepancias entre las personas vinculadas al paciente: el joven segundo cónyuge del paciente pide que se aplique un tratamiento que prolonga la vida, los hijos de un primer matrimonio no lo desean. ¿Quién decidirá, quién intentará averiguar la voluntad del paciente? Parece claro que esta tarea corresponderá al médico.[35]

V. ALGUNA CONCLUSIÓN

En el ordenamiento español –como en Occidente en general– se establece la autonomía del paciente como principio rector de toda la disciplina jurídica de la relación entre médico y paciente a la hora de llevar a cabo un tratamiento médico. La vulneración de esa autonomía es una puerta por la que se accede a la responsabilidad penal del profesional sanitario en este ámbito (ya sea de un delito contra la libertad o un delito de lesiones).

---

34. Terminología que ha sido criticada en la doctrina, pues no se trata, en realidad, del concurso de las personas próximas al paciente para que –en su interés– sustituyan el consentimiento del incapaz; no lo representan.

35. Vid., por ejemplo, LAURENZO COPELLO, p. 424 y s.

Sin embargo, si se considera la realidad de la regulación, se ve que esta descripción es demasiado simplista, o, quizás –por utilizar una expresión de *Paeffgen*[36]– hipócrita en vez de hipocrática.

En primer lugar, puede ser un indicio en este sentido el número llamativamente bajo de procesos judiciales en la jurisdicción penal: si realmente la autonomía se toma en serio –y al margen de la polémica relativa a la medicina defensiva–, alguna responsabilidad jurídico-penal debería haber para aquellos supuestos –no es posible que no existan– en los que el tratamiento médico es llevado a cabo sin el consentimiento válido del paciente.[37]

En segundo lugar, desde una perspectiva general, debe tenerse en cuenta que las bases del modelo occidental de medicina siguen asentadas en una concepción cientifista-objetiva: estableciendo así una contraposición radical entre la noción objetiva de salud y las opciones autónomas del paciente.

En tercer lugar, en la regulación española es mucho mayor la invocación de la autonomía que su efectiva transposición. Por el contrario, contiene en materia de autonomía del paciente muchos puntos que colocan al médico en una situación estructuralmente esquizofrénica.

Por un lado, en cuanto al suministro de la información que será la base para el consentimiento, la Ley atribuye al médico una posición de garantía. Sin embargo, también le encomienda, como antes se ha expuesto, modular la información en atención a las características del paciente y evaluar su capacidad para comprenderla, y prevé –en el "estado de necesidad terapéutica"– la posibilidad de establecer un conflicto entre autonomía y salud (objetivo-médica) – y le otorga al médico la facultad de resolverlo a favor de la salud. Finalmente, es también el médico el que debe gestionar y concretar el derecho a no saber del paciente. Por otro lado, en cuanto a la capacidad del paciente, también se ha indicado que es el médico el encargado de evaluarla y concretar su alcance.

---

36. Vertida en la Universidad de Bonn en el seminario citado en la nota inicial de este trabajo (04.12.2009).

37. Cabe acotar aquí que aunque el punto de partida de la jurisprudencia alemana es tradicionalmente mucho más favorable a estimar que existe responabilidad criminal del médico, como antes se ha dicho, afirmando la concurrencia del injusto del delito de lesiones, también allí existen otros instrumentos dogmáticos que permiten atenuar significativamente o excluir la responsabilidad penal; en particular, del llamado "consentimiento hipotético" (que supone el intento de llevar a cabo un traslado de material normativo de la teoría de la imputación objetiva del resultado para supuestos en los que parece probable que el consentimiento hubiera sido otorgado; vid. sólo: ROXIN, *AT I*[4], § 13 n.m. 119 y ss., 124 y s.; FRISCH (nota 15), p. 49 y s.; PAEFFGEN, FS Rudolphi, 208 y s. (quien constata en este ámbito, en contra de la valoración común de la línea de la jurisprudencia alemana, un ámbito de "sorprendente lenidad") y el error.

Así las cosas, el ordenamiento coloca en demasiadas ocasiones al médico –quien debería guardar una relación de igualdad con el paciente al decidir el tratamiento, ayudando a la realización de su autonomía– en una posición de superioridad, al convertir su posición de garantía *de facto* en una especie de última palabra global. Esto no sólo restringe de modo inadecuado la autonomía del paciente, sino abre también una situación de inseguridad para las expectativas del médico. Tomando en la práctica diaria decisiones que no son compatibles con la autonomía (o que pueden no serlo), una persecución penal selectiva puede generar un gran daño: una situación de incertidumbre en el colectivo médico.[38]

Ante este panorama, parece que, una vez más, echar las campanas al vuelo antes de tiempo puede entorpecer la percepción de la realidad. Por lo tanto, lo primero será identificar –normativamente y en la *praxis*– las áreas en las que el médico actúa hoy –o puede hacerlo debido a una regulación poco clara– aún en confrontación con la autonomía.

No se pretende, más allá de esto, poder ofrecer "soluciones" para la cuestión, pero probablemente, una adecuada ordenación de la materia pasaría, en algunos casos, por atribuir al médico explícitamente una posición de garantía tuitivo-paternalista para algunos pacientes. En otros, por descargar al médico en tratamiento de la insostenible carga de ser médico que debe respetar la voluntad de su paciente, y, a la vez, juez de la capacidad de éste. Esto no debería ser demasiado difícil en un sistema sanitario público con las correspondientes estructuras de organización, en el que el médico no está solo, de modo que algunas funciones de evaluación del paciente podrían ser trasladadas hacia otros profesionales del organismo sanitario.

---

38. En España cabe mencionar el llamado *caso Leganés* (una ciudad en la Comunidad de Madrid), en el que la propia Administración regional inició en el año 2005 un proceso penal contra algunos médicos de un hospital público, por unas pretendidas eutanasias masivas, entre otras cosas, alegando la falta de consentimiento en tratamientos paliativos (ante la oscuridad, antes mencionada, de la LAP en materia del llamado "consentimiento por representación"). El proceso fue archivado en 2008, por ausencia de toda conducta irregular de los profesionales –que no fueron repuestos en sus puestos, ni exigida responsabilidad alguna a los responsables políticos que habían formulado la temeraria acusación– pero produjo gran inseguridad para los médicos encargados de los cuidados paliativos. Vid. sobre el caso sólo SEUBA TORREBLANCA, Consentimiento informado en sedaciones – Breves consideraciones sobre el "caso Leganés", *InDret* 2/2005 y MONTES, *El caso Leganés*, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Capacidade etária mínima para consentir no direito penal médico, de Cleopas Isaías Santos, João Beccon de Almeida Neto e Paulo Vinicius Sporleder de Souza – *RBCCrim* 88/19;
- Consentimento do ofendido: breves considerações de dogmática penal e suas consequências na relação jurídica médico-paciente, de Giselly Campelo Rodrigues e Talita da Fonseca Arruda – *RCP* 14/63; e
- O princípio da proteção da confiança na relação médico-paciente – Da confiança cega à confiança médica informada, de Maurilio Casas Maia – *RDC* 82/267.

60314

Os fundamentos do direito penal e sua relação com a racionalidade legislativa

4

Fundamentals of criminal law and its relation with legislative rationality

Bruna Martins Amorim Dutra

Mestranda em Direito Penal pela UERJ. Avaliadora da Revista da Faculdade de Direito da UERJ.

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo objetiva tratar da importante questão dos fundamentos do Direito Penal, que possui estrita relação com a racionalidade da atividade legislativa. Com o positivismo jurídico, o Direito perdeu sua referência axiológica externa, tornando-se um sistema jurídico autopoiético, de forma a reputar legítima qualquer norma jurídica formalmente válida, independentemente do seu conteúdo. Essa conjuntura, somada à demanda por punição da sociedade pós-industrial, resultou numa legislação penal irracional no século XX. Propõe-se, portanto, um retorno à questão transcendente dos fundamentos do Direito Penal, para que, a partir do conhecimento da sua essência, seja possível o alcance de uma maior racionalidade legislativa.

Palavras-chave: Direito Penal – Fundamentação axiológica externa – Racionalidade legislativa.

Abstract: This article aims to address the important issue of the fundamentals of Criminal Law, which are closely related to the rationality of the legislative activity. With legal positivism, the law lost its axiological external reference, becoming an autopoietic legal system; as a result any rule of law formally valid is considered legitimate, regardless of its content. This situation, coupled with the demand for punishment of the post-industrial society, resulted in irrational criminal law in the twentieth century. What is proposed here is a return to the transcendent issue of the fundamentals of Criminal Law, so that based on the knowledge of its essence it will be possible to achieve greater legislative rationality.

Keywords: Criminal law –Axiological fundamentals – Legislative rationality.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A irracionalidade da atividade legislativa penal: 2.1 O positivismo jurídico e a fundamentação do direito; 2.2 A demanda social por punição – 3. A importância dos fundamentos do direito penal: 3.1 Necessidade de uma fundamentação axiológica externa; 3.2 O processo de constitucionalização das referências valorativas; 3.3 O ser humano e a fundamentação do direito penal – 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

É consabido que o século XX foi marcado pela irracionalidade da atividade legislativa penal, condutora de um alargamento exacerbado do poder punitivo estatal. O presente artigo objetiva analisar as principais causas desse fenômeno, notadamente a perda das referências axiológicas externas do Direito ocasionada pelo positivismo jurídico formalista. Conforme restará demonstrado, o abandono da questão dos fundamentos do Direito Penal permitiu a instauração de uma legislação penal oportunista, totalmente suscetível ao contexto histórico da sociedade de riscos pós-industrial.

Assim, no capítulo que se segue, será abordado como o positivismo jurídico se desligou de sua referência jusnaturalista inicial, ensejando o abandono da fundamentação axiológica do Direito e a configuração de um sistema jurídico autopoiético. Além disso, se demonstrará a íntima relação existente entre esse fato histórico e a instauração de uma legislação penal irracional no século XX, concretizando o anseio social generalizado por punição.

Já no terceiro capítulo, propõe-se um retorno à questão transcendente dos fundamentos do Direito Penal a fim de conhecer a sua essência, o que deve ser buscado externamente no campo dos valores. Estes, por sua vez, são apreendidos pela consciência humana, através da atividade intencional, de modo que o homem é compreendido como o valor-fonte de todos os valores. Desse modo, evidencia-se a necessidade de uma fundamentação antropológica do Direito Penal, estando o poder punitivo calcado na obrigatoriedade da coexistência, o que deve orientar tanto a hermenêutica, quanto a criação do direito.

Em síntese, uma vez identificado o próprio sentido do Direito Penal, o que só é possível na seara valorativa dos fundamentos, entendemos ser viável alcançar uma maior racionalidade na atividade legislativa penal.

2. A IRRACIONALIDADE DA ATIVIDADE LEGISLATIVA PENAL

2.1 O positivismo jurídico e a fundamentação do direito

É notório que os ideários do movimento iluminista trouxeram importantes avanços em diferentes esferas, como na política, nas artes, na filosofia, no

direito. Especificamente na seara do Direito Penal, operou-se um processo de humanização através do reconhecimento de princípios limitadores ao poder punitivo estatal, restringindo-se as incursões arbitrárias do Estado nos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos. Assinale-se que o jusnaturalismo foi o pensamento que conferiu fundamentação filosófica à revolução iluminista contra o absolutismo ao propugnar a existência de direitos naturais inatos aos indivíduos.

A ebulição das ideias oriundas da ilustração ensejou um movimento de codificação no século XIX, no desiderato de cristalizar as conquistas liberais alcançadas com a revolução por meio da positivação, cujo mais notório símbolo foi o Código Napoleônico de 1804. No Brasil, esse processo teve reflexos na edição da Constituição de 1824 e do Código Criminal do Império de 1830, que possuem nítidos contornos liberais.

Assim, inicialmente, o positivismo jurídico desempenhou uma função consagradora do direito natural nas codificações, respaldando a positivação de direitos individuais pré-existentes. O movimento positivista surge não como um sistema fechado, mas sim vinculado a uma fundamentação jusnaturalista, de molde a lançar o seu olhar tanto para a ordem positiva, quanto para a sua justificação axiológica.

Conforme explica Ferrajoli,[1] o positivismo jurídico da época das luzes possibilitou a efetivação do processo de laicização do Direito Penal, distinguindo o direito da moral. Desse modo, superou-se a confusão realizada pelas ideologias autoritárias de até então entre o plano da legitimação interna do Direito Penal, concernente à sua validade formal pela observância das normas do ordenamento jurídico, e o plano da legitimação externa, referente à sua justificação axiológica por critérios ético-políticos não positivados de justiça.

Isto é, além da análise meramente formal da validade interna do Direito Penal em relação à ordem posta, avultava de grande relevância a sua justificação à vista de critérios valorativos externos, oferecidos pelo jusnaturalismo. Nas palavras do doutrinador, "o problema dos fundamentos e da justificação esteve ao centro da reflexão jurídico-filosófica durante os séculos XVII e XVIII, inserido dentro da temática do direito natural e das suas relações com o direito positivo".[2]

---

1. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hasan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 199-201.
2. Idem, p. 211.

Todavia, no auge do período codificador, com a consolidação do Estado Liberal e, consequentemente, da burguesia no poder, o positivismo jurídico se desprendeu de sua fundamentação jusnaturalista da época revolucionária iluminista para assumir uma postura conservadora do *status quo*. Não mais interessava à nova classe detentora do poder hegemônico a defesa de direitos naturais preexistentes, nem tampouco o reconhecimento de parâmetros de justiça para a fundamentação externa do Direito. Ao revés, adotou-se uma filosofia reacionária de mantença irreflexiva da ordem vigente, passando o positivismo a compreender o direito como um sistema autopoiético. Nessa toara, é importante destacar as lições de Barroso:

"O advento do Estado Liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX."[3]

O positivismo jurídico passou a veicular a pretensão romântica de uma ciência neutra e objetiva do direito na condição de sistema completo e autossuficiente, consagrando-se o método empírico próprio das ciências naturais. Careceria de cientificidade, portanto, qualquer análise valorativa do direito, de modo que sua legitimidade corresponderia tão somente à satisfação da legalidade formal. Assim, uma vez obedecidos os critérios formais de legitimação interna, a norma jurídica seria válida, independentemente da justiça do seu conteúdo, de modo que se operou, novamente, uma confusão entre as esferas do direito e da moral.

Nesse contexto, é oportuno destacar que Ferrajoli[4] identifica dois segmentos doutrinários que confundem os planos da legitimação interna e da externa, ensejando modelos penais autoritários. Primeiramente, o jusnaturalismo sujeita o direito à moral, pois trabalha com um direito que independe de consagração positiva, que é o direito natural, conferindo, assim, juridicidade à moral. Por outro lado, o formalismo positivista subordina a moral ao direito, tendo

3. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 238.

4. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 201-203 e 212-216.

em vista que considera justo o direito positivo que atenda aos parâmetros formais da ordem jurídica interna, prescindindo de uma aferição axiológica externa do direito posto. Nessa esteira, emergem as "ideias de autofundação e de autojustificação do direito e do Estado como valores em si: não meios, mas eles mesmos o fim".[5]

Cumpre salientar que o positivismo, ao propugnar uma ciência jurídica neutra e fechada, abandona os fundamentos axiológicos do Direito para enxergá-lo como um sistema autopoiético, ou seja, como um fim em si mesmo. Consoante Jorge Câmara, "a pretensão de Kelsen era organizar o direito enquanto um sistema de normas denominado de ordenamento, no qual a correlação entre norma e norma fundamental contingenciaria o direito em sua feição imperativa hipotética, relegando a sociedade, bem como a metafísica a uma condição de estranhos ao direito".[6]

Com efeito, a fundamentação da ordem jurídico-normativa, conforme explica Aquiles Guimarães, é uma questão axiológica, derivando os valores da consciência intencional do ser humano.[7] Por seu turno, o método empírico empregado pelo formalismo se preocupa com o conhecimento científico do sistema jurídico por intermédio da razão, desconsiderando qualquer juízo de valor. Desta feita, dissociado de uma fundamentação valorativa, o Direito pode ser utilizado para a consecução de qualquer finalidade.

Além disso, o surgimento de uma crença positiva no progresso ilimitado da humanidade, estritamente associada ao tecnicismo, direciona o enfoque do jurista para a seara da efetividade do Direito, em detrimento da sua fundamentação. Sensível a esse processo, Bobbio evidencia que:

"No âmbito do positivismo jurídico, isto é, de uma concepção que considera como direito apenas o direito posto pelas autoridades delegadas para este fim pelo próprio ordenamento e tornado eficaz por outras autoridade previstas pelo próprio ordenamento, o tema da legitimidade tomou uma outra direção, não mais aquela dos critérios axiológicos mas a das razões da eficácia da qual deriva a legitimidade."[8]

---

5. Idem, p. 788.
6. CÂMARA, Jorge Luis Fortes Pinheiro da. *Os fundamentos e a crise do direito na modernidade: perspectivas filosóficas dos direitos humanos segundo a fenomenologia.* Tese de doutorado, Rio de Janeiro, UFRJ, 2007. p. 179.
7. GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Direito, valor e técnica. *Fenomenologia e Direito.* vol. 1, n. 2, p. 92.
8. BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política.* 11. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 92.

O aludido abandono da legitimação axiológica externa do Direito teve como consequência a perda de importância da atividade legislativa. Ao se pretender uma ciência jurídica pura, cujo objeto de conhecimento fosse o direito posto, o processo legislativo passou a ser compreendido como uma questão "meramente política", sem relevância para os juristas. O Direito, então, torna-se um segmento absolutamente autônomo em relação à política, de modo que as leis seriam apenas o resultado da manifestação contingente de vontade da maioria parlamentar, independentemente do seu conteúdo.[9]

Esse cenário permitiu uma progressiva perda de racionalidade do processo de criação legislativa, situada por Ripollés no contexto da crise da lei, de forma a possibilitar uma legislação oportunista.[10] Paralelamente, ganhou destaque, no século XX, a atividade de interpretação e aplicação judicial do Direito – notadamente com a Escola da Exegese na França e a Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha –, que, sem embargo, vem se mostrando insuficiente quando inexista uma racionalidade mínima na atividade legislativa. Nas palavras de Ripollés, "a manutenção do princípio – que ninguém nunca questiona abertamente – da vinculação do juiz à lei, faz que a racionalidade jurisdicional tenha como pressuposto um nível considerável de racionalidade legislativa."[11]

2.2 A demanda social por punição

Conforme exposto, o abandono da questão da fundamentação ético-política do Direito em decorrência do formalismo positivista permitiu a instauração de uma legislação oportunista e conjuntural, vez que a atividade de criação das leis foi relegada à esfera política de decisão parlemantar majoritária sem parâmetros de racionalidade. Especificamente no âmbito do Direito Penal, tal contingência legislativa se consubstanciou numa exacerbada expansão do poder punitivo e consequente restrição de direitos individuais fundamentais, pelos motivos que serão sinteticamente abordados a seguir.

Silva Sánchez,[12] em sua obra sobre a expansão do Direito Penal, evidencia algumas causas do alargamento irracional do poder punitivo estatal. Assim,

---

9. SEMER, Marcelo. Direito penal e direitos humanos: uma história de paradigmas e paradoxos. *RBCCRim* 69/105-107; GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Pequena introdução à filosofia política: a questão dos fundamentos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 8.

10. RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 71-79.

11. Idem, p. 85.

12. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002. Série as ciências criminais no século XXI, vol. 11, p. 19-74.

aponta fatores que resultaram numa demanda social generalizada por proteção através do direito penal, tendo reflexos na atividade contingente de criação das normas penais.

A sociedade pós-industrial do século XX ficou conhecida como uma sociedade de riscos,[13] em especial devido ao grande desenvolvimento tecnológico, que potencializou as esferas de incerteza e as consequências danosas provenientes do descuido na administração dessas novas técnicas, além de tornar mais complexo o *modus operandi* dos delitos. Saliente-se que, com o fenômeno da globalização, esses riscos assumem proporções mundiais, incrementando a sensação social de insegurança. Beck, ao tratar da sociedade de riscos, elucida que "esto concepto describe una fase de desarrollo de la sociedad moderna en la que los riesgos sociales, políticos, ecológicos e individuales creados por el impulso de innovación eluden cada vez más el control y las instituciones de la sociedad industrial".[14]

É interessante a observação de Silva Sánchez no sentido de que a sensibilidade subjetiva desses riscos do mundo contemporâneo pelos indivíduos possui dimensões maiores que as da sua real existência, configurando-se uma "sociedade do medo". Essa sensação intensificada de insegurança decorre, em grande medida, da constatação de que a crença positivista no progresso ilimitado da humanidade era falaciosa, bem como da efemeridade da sociedade globalizada atual, marcada por abruptos e reiterados processos de transformação, o que fortalece o relativismo axiológico e conduz a uma crise de fundamentos.[15]

Com efeito, as numerosas guerras que permearam o século XX evidenciaram a inexistência de um processo evolutivo contínuo da humanidade. Destarte, a transposição da ideia de desenvolvimento científico das ciências naturais para a seara das ciências humanas, que deu origem ao tecnicismo jurídico, mostrou-se inadequada. Como nota Hannah Arendt, "o progresso, por certo, é um dos artigos mais sérios e complexos encontrados no mercado de superstições de nosso tempo".[16]

Além disso, o historicismo, que destaca a perene mutabilidade das condições históricas com especial velocidade na era da globalização, juntamente

13. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Vientiuno de España Editores, 2002; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 28-32.

14. BECK, Ulrich. Op. cit., p. 113.

15. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 32-41.

16. ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Trad. André Duarte. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001. p. 29.

com a notoriedade adquirida atualmente pelas questões relacionadas ao multiculturalismo, revigoraram a ideia relativista da inexistência de valores generalizáveis a serem erigidos como fundamentos. Consoante Aquiles Guimarães, "hoje, as grandes questões do pensamento são fragmentadas num oceano de relativismo e vem se tornando difícil a reflexão sobre fundamentos, estando estes cada vez mais subordinados à ideia de positvidade e de tecnicidade que melhor satisfazem às exigências imediatas do pragmatismo que domina o mundo da operacionalidade".[17]

Em suma, a frustração da expectativa de progresso somada à perda de referências axiológicas importou em uma potencialização da sensação social de insegurança na sociedade de riscos. E a resposta ao anseio por mais proteção foi assumida pelo Direito Penal ante a insatisfação com a tutela conferida pelos demais ramos do direito, encarnando uma demanda social irracional por punição.[18]

Cabe destacar que, com o já aludido fortalecimento do relativismo e desintegração das pautas valorativas comuns, atribuiu-se, essencialmente, à instância última do Direito Penal a função de delimitar o certo e o errado. Desta feita, o Código Penal tornou-se, conforme as palavras de Ripollés, o código moral da sociedade,[19] o que, inevitavelmente, dá azo a uma expansão exagerada do poder punitivo, violadora dos basilares princípio da intervenção mínima e da fragmentariedade. Nesse sentido, vale transcrever as lições de Silva Sánchez:

"O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*. Mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar."[20]

Destarte, verifica-se que o século XX é marcado por uma demanda social generalizada por proteção através do Direito Penal, haja vista a sensação subjetiva intensificada dos riscos derivados da sociedade pós-industrial e a perda das referências axiológicas comuns proporcionada pelo relativismo. Tal anseio

17. GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Atualidade e permanência do direito natural. *Fenomenologia e Direito*. vol. 2, n. 2, p. 28.

18. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 58-62.

19. RIPOLLÉS, José Luis Díez. Op. cit., p. 14.

20. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 61.

encontra, de fato, ressonância na atividade legislativa penal, concretizando-se na expansão irracional do poder punitivo, uma vez que o abandono da questão da fundamentação do direito, dissociando-o totalmente da política, permitiu a instauração de uma legislação conjuntural e oportunista, independente de critérios de racionalidade.

No Brasil, esse panorama de irracionalidade legislativa é identificado, notadamente, na legislação penal extravagante neoliberal. Conforme Zaffaroni e Batista, vislumbram-se duas vertentes em oposição na programação criminalizante do país, a saber, uma referente à previsão de medidas despenalizadoras destinadas aos consumidores ativos, em especial com a Lei 9.099/1995, e outra consistente no agravamento das penas privativas de liberdade no afã de neutralizar os marginalizados pelo neoliberalismo, cujo maior expoente é a Lei 8.072/1990.[21]

3. A IMPORTÂNCIA DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL

3.1 Necessidade de uma fundamentação axiológica externa

Diante do panorama delineado no capítulo anterior, percebe-se que o abandono das questões valorativas atinentes ao fundamento do Direito Penal, propiciado pelo positivismo jurídico formalista e tecnicista, foi o ponto nodal para possibilitar a instauração de uma legislação penal oportunista, que atendesse ao anseio social irracional por punição. Com efeito, ao se admitir um sistema jurídico fechado, neutro e autopoiético, prescinde-se da indagação sobre sua legitimação externa, de modo que pode ser utilizado para a consecução de qualquer finalidade, justa ou não, sendo facilmente atingido pelas contingências históricas.

Conforme explica Jorge Câmara, o repúdio do cientificismo jurídico em relação às questões transcendentes importou numa concepção estritamente normativa de fundamento, operando-se uma retroalimentação do Direito.[22] Sem embargo, a ideia de fundamento constitui uma questão eminentemente axiológica, externa ao sistema jurídico-normativo, ainda que tal dado seja ocultado ou não percebido. De acordo com Aquiles Guimarães, "nenhum fato seria objeto da tutela normativa se não fosse portador de um valor. Logo,

21. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. vol. 1, p. 484-488.

22. CÂMARA, Jorge Luis Fortes Pinheiro da. Técnica, direito e crise de legitimidade. *Fenomenologia e Direito*, vol. 1, n. 2, p. 45.

todo fato jurídico tem como motivação imediata o valor, seja positivo, seja negativo".[23]

A rigor, quando a fundamentação do Direito é analisada sob um prisma puramente normativo, legitima-se a incorporação de qualquer valor pela norma, desde que atendidos os pressupostos formais. Assim, é reputada justa a norma formalmente válida, de maneira a se vislumbrar uma confusão entre direito e moral, ou seja, entre as esferas de legitimação interna e externa. Tal cenário teve seu ápice na Alemanha nazista, onde graves violações aos direitos humanos foram perpetradas sob o manto da legalidade. Nesse sentido, são esclarecedoras as lições de Comparato:

"A grande falha teórica do positivismo, porém, como as experiências totalitárias do século XX cruamente demonstraram, é a sua incapacidade (ou formal recusa) em encontrar um fundamento ou razão justificativa para o direito, sem recair em mera tautologia. O fundamento ou princípio de algo existe sempre fora dele, como sua causa transcendente, não podendo pois nunca, sob o aspecto lógico e ontológico, ser confundido com um de seus elementos componentes."[24]

Portanto, mostra-se de suma importância a questão da fundamentação axiológica externa do Direito, possibilitando a análise da legitimidade das normas jurídicas à vista de parâmetros ético-políticos de justiça. Inclusive, Ferrajoli assevera que um modelo penal garantista pressupõe necessariamente a distinção iluminista entre as condições formais de legitimação interna e as substanciais de justificação externa.[25] Afinal, o Direito deve ser compreendido como um instrumento para o alcance do valor supremo da justiça, servindo ao ser humano, e não como um fim em si mesmo.[26]

Nesse contexto, cumpre assinalar, seguindo o pensamento fenomenológico,[27] que os valores integram o domínio dos seres ideais, sendo pré-existentes, universais e atemporais, ao contrário dos objetos reais, que são contingentes. Entre

23. GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Para uma teoria fenomenológica do direito, III. *Fenomenologia e Direito*, vol. 4, n. 1, p. 71.

24. COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos. Disponível em: [www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/33031/32211]. Acesso em: 23.05.2011.

25. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 216.

26. Idem, p. 811-814; GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Direito, valor e técnica cit., p. 92.

27. GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Edmund Husserl e o fundamento fenomenológico do Direito. *Fenomenologia e Direito*, vol. 2, n. 1, p. 67-79.

eles se identifica tão somente uma referibilidade, eis que os valores constituem a essência invariável e, portanto, o fundamento dos fenômenos reais sujeitos à mutabilidade, inclusive o sistema jurídico-normativo. Com isso, verifica-se que a fenomenologia de Husserl se insurge contra o relativismo axiológico, que conduz, em última análise, a uma ausência de fundamento.

No campo do Direito, esse retorno às essências pode obstar a instauração de uma legislação oportunista, totalmente suscetível às contingências históricas. Assim, entendemos que a referibilidade do sistema normativo a um fundamento axiológico teria o condão de impedir, ou, ao menos, dificultar, que a demanda social por punição que se instaurou na sociedade de riscos pós-industrial se concretizasse, de fato, na expansão irracional do Direito Penal no século XX.

Outrossim, a fenomenologia ensina que os valores não podem ser apreendidos racionalmente, mas sim pela consciência intencional do ser humano. Através da redução eidética, a intencionalidade valorativa descreve o sentido dos objetos, ao passo que a redução transcendental permite uma reflexão sobre as significações descritas. Desta feita, a consciência humana, ao ser responsável por apreender os valores – fundamento –, doando sentidos ao mundo, constitui o fundamento último. Nas palavras de Aquiles Guimarães:

"Somente a intencionalidade constituinte (evidenciadora) poderá fundar os sentidos dos objetos, tornando possível a compreensão da objetividade em geral. A consciência humana é o fundamento do fundamento porque só ela descobre, evidencia e garante todo fundamento."[28]

Na esteira do reconhecimento do ser humano como o valor-fonte de todos os valores através de sua consciência intencional, avulta de importância para o direito a política. Conforme visto, a pretensão positivista de se alcançar um ciência jurídica neutra e fechada havia dissociado as duas esferas, ganhando destaque a atividade de interpretação do direito posto em detrimento daquela de criação legislativa, relegada à seara da manifestação contingente de vontade da maioria parlamentar sem parâmetros de racionalidade. Todavia, com o retorno à questão primeira dos fundamentos do direito, da justificação axiológica das normas jurídicas, a política desponta com grande relevância para o direito, notadamente no processo de sua criação.[29]

28. Idem, p. 76.

29. Relacionando direito e política ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1998. vol. 1, p. 153-156; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 372-379.

Com efeito, como observa Ripollés,[30] é inviável a consecução de uma aplicação judicial adequada do direito sem um mínimo de racionalidade legislativa. Então, o autor, com base no modelo proposto por Atienza, ensina que a elaboração da lei penal deve ser observada sob um plano operacional, referente ao funcionamento do processo legislativo, e um prescritivo, concernente aos conteúdos de racionalidade legislativa que devem ser respeitados e consubstanciados nas racionalidades linguística, jurídico-formal, pragmática, teleológica e ética. Em paralelo, Ferrajoli assevera que o modelo garantista penal demanda o desenvolvimento de uma ciência da legislação no atual cenário de crise da lei.[31]

Ademais, a concepção fenomenológica de que compete à consciência humana intencionar os valores, doando sentidos ao mundo, está em estreita relação com a questão da participação dos homens na política. Identificando-se o ser humano com o valor-fonte, parece vital para uma democracia a existência de um espaço público em que assegurada participação política efetiva a todos os integrantes da sociedade civil, exercendo a atividade intencional uns em relação com os outros.

Nessa toara, Ferrajoli leciona que a democracia representativa e a democracia direta não são modelos excludentes. Ao revés, considerando que o Estado não constitui um fim em si mesmo, não se confundindo com a sociedade civil, é imprescindível para a democracia a atuação do poder político-representativo e do poder social-direto, os quais se apresentam em constante tensão.[32]

Destaque-se, ainda, a teoria da ação comunicativa de Habermas, onde o filósofo trabalha com uma noção de sociedade civil forte, com espaços de debate para o uso público da razão. Habermas[33] critica a figura da posição original desenvolvida por Rawls, porquanto a autocolocação dos representantes dos cidadãos sob o véu da ignorância a fim de alcançar princípios de justiça consubstanciaria, a rigor, um egoísmo racional ao prescindir da intersubjetividade. Então, a teoria política de Habermas propõe a inclusão do outro, através de uma concepção procedimental deliberativa pelo uso público da razão. "Citizens are politically autonomous only if they view themselves as the joint authors of the laws to which they are subject as individual addressees".[34] constata o filósofo.

30. RIPOLLÉS, José Luis Díez. Op. cit., p. 85.

31. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 846-847.

32. Idem. p. 871-872.

33. HABERMAS, Jürgen. *The inclusion of the other: studies in political theory.* Massachussetts: The MIT Press, 1999. p. 49-59.

34. Idem, p. 71.

Diante do exposto, verifica-se que é crucial a necessidade de uma fundamentação axiológica externa do Direito, permitindo aferir se o sistema jurídico-normativo atende ou não ao valor de realização da justiça, notadamente através dos processos de redução eidética e transcendental operados pela consciência intencional humana. Conforme demonstrado, tal questão possui íntima ligação com o desenvolvimento de parâmetros racionais para a atividade legislativa e de uma participação direta da sociedade civil na política.

3.2 O processo de constitucionalização das referências valorativas

Nesse contexto, adquire importância o pós-positivismo na segunda metade do século XX, especialmente à vista das graves violações aos direitos humanos cometidas na Alemanha nazista sob o véu da legalidade formal. Desse modo, tendo se revelado deficitários os postulados do positivismo jurídico, a filosofia pós-positivista propugna, em detrimento da visão formalista de um sistema jurídico neutro e autopoiético, a reabertura do Direito aos valores, o que se mostra em consonância com o exposto anteriomente. É conferida, então, primazia ao princípio da dignidade da pessoa humana, de maneira a ser reconhecida sua força normativa para orientar e conceder unidade axiológica a todo o ordenamento jurídico.[35]

Ressalte-se que essa mudança de paradigma pós-positivista não importa na supressão de relevo da positividade do Direito, sob pena de se operar um retorno ao jusnaturalismo. Segundo Barroso, "o pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política".[36]

Entra em emergência, assim, o processo de constitucionalização do direito, com destaque para a consagração de valores e princípios com força normativa na Carta Maior, de sorte que esta se torna a pauta axiológica máxima do ordenamento positivo. Ainda de acordo com as precisas lições de Barroso, "o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica".[37]

---

35. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 28-29.
36. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*... cit., p. 248.
37. Idem, p. 86-87.

Destarte, verifica-se que as referências valorativas do Direito foram substancialmente constitucionalizadas, integrando o ordenamento jurídico-positivo com imperatividade, de modo que toda a ordem infraconstitucional deve se submeter à filtragem constitucional. Sensível a esse processo, Flávia Piovesan assinala que as Constituições europeias, após a 2.ª Guerra Mundial, são marcadas pela consagração de valores e princípios, bem como os textos constitucionais da América Latina durante o curso do processo de redemocratização.[38]

Especificamente na seara do Direito Penal, tal fenômeno é descrito com propriedade por Ferrajoli. O autor constata que considerável parcela dos critérios de justificação externa daquele ramo do direito foi incorporada já pelos textos constitucionais modernos, tornando-se os critérios éticos de justiça também parâmetros de legitimação interna, de forma a subordinar a própria validade das normas.[39]

Todavia, a confusão entre direito e moral operada pelo positivismo jurídico, em que ganhou destaque o formalismo em detrimento do conteúdo das normas, conduziu a um legalismo acrítico, sendo a Constituição concebida apenas como uma estrutura formal localizada no topo do sistema jurídico. Diante disso, Ferrajoli[40] propugna um juspositivismo crítico, de forma a se efetuar a crítica do direito positivo vigente não apenas à luz dos critérios políticos de legitimação externa, mas também internamente com base nos valores incorporados pelas Constituições, as quais, segundo Barroso,[41] passam a ser dotadas de supremacia axiológica e de força normativa.

A título exemplificativo, Bacigalupo aponta que, com a promulgação da Carta Magna espanhola em 1978, o Direito Penal passou a estar limitado materialmente pelos direitos fundamentais e princípios constitucionais.[42] O mesmo se verifica no ordenamento pátrio, à vista da Constituição Federal de 1988, a qual previu princípios fundamentais e conferiu destaque aos direitos humanos, inclusive com alusão a um bloco de constitucionalidade.

O demonstrado processo de positivação das referências valorativas externas ao Direito no ordenamento jurídico-constitucional, com o reconhecimento de sua dimensão normativa, pode ser compreendido como uma reação às atro-

38. PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 28-29.

39. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 217.

40. Idem, p. 804.

41. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*... cit., p. 86-87.

42. BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L., 1999. p. 43-44.

cidades perpetradas sob os auspícios da lei no curso da 2.ª Guerra Mundial. Ele, então, apresenta como escopo a imposição de limitações substanciais à validade das normas jurídicas, conferindo segurança jurídica e assegurando a efetividade dos valores relacionados à dignidade da pessoa humana. Não obstante vislumbremos ser tal processo salutar, impende ressalvar que é preciso encarar o fenômeno com cautela, a fim de que não se opere, sorrateiramente, um retorno ao positivismo jurídico.

Com efeito, a consagração positiva de valores e princípios, embora se afigure de grande relevo para a asseguração dos direitos humanos, jamais poderá importar em um novo abandono da questão da fundamentação ético-política externa do Direito, senão o sistema jurídico reassumiria a característica formalista autopoiética. Conforme já evidenciado, o Direito não constitui um fim em si mesmo, não podendo seu fundamento ser meramente normativo, mas sim estar relacionado a uma questão axiológica externa. Consoante os ensinamentos de Aquiles Guimarães:

"A questão dos fundamentos do Direito não se restringe a uma análise daquilo que constitui o seu suporte factual ou normativo que denominamos de fundamento de segunda ordem. A estrutura normativa da ordem jurídica alicerça a efetividade da aspiração humana à justiça, mas, por si mesma, não constitui o seu fundamento, conforme estamos habituados a acreditar. Os fundamentos do Direito provêm das suas essências, dos sentidos que caracterizam os seus objetos que, por sua vez, são o resultado da consciência doadora de sentidos ao mundo. Esses fundamentos são de primeira ordem pela sua própria posição fundante da estrutura essencial do Direito que antecede a trama normativa."[43]

Dessa forma, a discussão sobre o fundamento do Direito se mostra permanentemente relevante, na medida em que constitui o antecessor necessário do arcabouço normativo. Ao contrário do que apontava a crença positivista num progresso ilimitado da humanidade, reconhece-se, hoje, que o ordenamento jurídico nunca alcançará a plena perfectibilidade, motivo pelo qual seus fundamentos deverão ser constantemente debatidos na esfera político-filosófica.

Assim, de acordo com Ferrajoli, a incorporação normativa dos critérios valorativos de justificação por parte do Estado de Direito nunca será completa, subsistindo a política como ponto de vista externo para a crítica do direito posto.[44] No mesmo sentido, García Amado, com base nos escritos de Habermas,

43. GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Edmund Husserl e o fundamento fenomenológico do Direito cit., p. 77.

44. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 817.

assenta que o direito positivo sempre carecerá de uma racionalidade definitiva, de sorte que a democracia pressupõe uma abertura permanente para o debate dos seus fundamentos.[45]

Em síntese, é preciso atentar que o processo pós-positivista de consagração normativa das referências axiológicas do Direito jamais poderá implicar no abandono da questão externa dos fundamentos em decorrência de uma ilusória aparência de autossuficiência.

3.3 O ser humano e a fundamentação do direito penal

À vista das considerações expostas, é possível assentar que todas as normas jurídicas, inclusive as penais, estão referenciadas a um determinado valor, que constitui seu fundamento e lhes confere legitimidade ético-política. Os valores, por sua vez, na qualidade de objetos ideais autônomos e absolutos, são apreendidos pela consciência intencional, de modo que esta é o fundamento último, sendo o homem reconhecido como o valor-fonte. Destarte, verifica-se que a fundamentação do Direito Penal está diretamente relacionada ao ser humano, afinal, o sistema jurídico não é um fim em si mesmo, mas apenas um instrumento para servir ao homem através da realização da justiça.

De acordo com Zaffaroni,[46] um Direito Penal efetivo possui necessariamente uma fundamentação antropológica, assegurando os pressupostos externos para a autorrealização do ser humano no âmbito interno de sua liberdade. Explica o doutrinador que a autêntica liberdade se opera internamente na consciência do homem, não podendo o Direito Penal interferir na decisão subjetiva sobre o eu, mas apenas garantir sua manifestação externa. Em suas palavras, "la libertad es el ser auténtico del hombre, que el derecho penal puede aspirar a facilitarle, pero que en cuanto pretenda imponérselo lo destruirá irremisiblemente".[47]

Assim, a efetividade a que alude Zaffaroni se refere a um Direito Penal libertador, que garante externamente a liberdade do homem, possibilitando a coexistência. Ou seja, ao proteger a autenticidade do ser de cada indivíduo em sua consciência, o Direito Penal antropologicamente fundado harmoniza as

45. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Habermas y el derecho. In:_____. (coord.). *El derecho en la teoría social: diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid: IISJ-Dykinson, 2001. p. 394.

46. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general* cit., vol. 1, p. 421-443.

47. Idem, p. 439-440.

existências, de forma a permitir a coexistência dos seres humanos.[48] Por isso, o autor conceitua bem jurídico-penal como relação de disponibilidade do indivíduo com o objeto assegurado pelo Estado.[49]

Destaque-se, ainda, que Aquiles Guimarães ensina que o fundamento do poder é a obrigatoriedade da coexistência, de modo que esta se situa na origem dos fundamentos de todo direito, como decorrência da atividade intencional da consciência humana.[50] Com efeito, consoante o filósofo, a coexistência consiste na essência invariável do homem, exigindo a positividade do direito para conferir segurança jurídica.[51]

Com base nos ensinamentos expostos, então, podemos afirmar que a obrigatoriedade da coexistência humana, derivada da consciência intencional, constitui o fundamento do poder punitivo e evidencia uma fundamentação antropológica do Direito Penal. Desse modo, a questão valorativa dos fundamentos do Direito Penal deve estar referida, em última instância, ao próprio ser humano, e não à norma jurídica, possibilitando àquele a sua autorrealização em sociedade para o alcance do justo.

Diante disso, resta claro que essa origem fundante ligada ao homem possui uma natureza eminentemente ontológica, revelando a essência do ser do Direito Penal. Todavia, conforme demonstra Zaffaroni, ela também possui um viés teleológico, pelo que deve orientar toda a interpretação do sistema jurídico-penal.[52] Destarte, a importante questão dos fundamentos do Direito Penal abordada no presente artigo, ao enfocar a sua significação invariável relacionada ao homem como valor-fonte, tem o condão de proporcionar uma maior racionalidade tanto na seara da hermenêutica, quanto na atividade legislativa, em detrimento da carência de parâmetros ético-políticos ocasionada pelo relativismo axiológico que preponderou no positivismo formalista e tecnicista.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar a importância de se operar um retorno aos fundamentos dos objetos, no caso, do Direito Penal, no afã de revelar

48. Idem, p. 442.

49. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1981. vol. 3, p. 240.

50. GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Pequena introdução à filosofia política*... cit., p. 1-18.

51. GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Atualidade e permanência do direito natural* cit., p. 21-25.

52. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1987. vol. 2, p. 424-425.

a sua essência. Tal intento demanda o resgate das questões transcendentes, outrora abandonadas pelo cientificismo e pelo tecnicismo decorrentes do positivismo jurídico formalista.

Conforme visto, uma vez consolidado o Estado Liberal, o movimento positivista se desprendeu de sua fundamentação jusnaturalista, passando a veicular a pretensão de uma ciência jurídica neutra e objetiva, o que resultou na compreensão do Direito como um sistema autopoiético. Desta feita, a questão dos fundamentos deixou de ser valorativa e externa para se identificar com uma fundamentação estritamente normativa, que elimina a possibilidade de crítica do Direito por razões ético-políticas. Ou seja, o formalismo jurídico operou uma nova confusão entre as esferas do direito e da moral, de modo que as normas jurídicas formalmente válidas eram consideradas legítimas, independentemente da justiça do seu conteúdo.

Tal conjuntura histórica, somada à demanda generalizada por punição da sociedade pós-industrial do risco e do medo, ensejou uma legislação penal irracional no século XX, com um alargamento exacerbado do poder punitivo estatal. Entendemos que o ponto nodal para a concretização dessa irracionalidade legislativa reside, exatamente, no abandono da questão axiológica dos fundamentos do Direito Penal, que provocou a dissociação absoluta entre direito e política, de forma que a atividade legislativa foi reduzida à manifestação contingente de vontade da maioria parlamentar sem qualquer parâmetro.

Diante disso, evidencia-se o grande relevo da questão da fundamentação valorativa externa, que visa conhecer a essência invariável do Direito Penal, tendo o condão de obstar a instauração de uma legislação oportunista e suscetível às contingências históricas. Seguindo o pensamento fenomenológico, então, demonstramos que toda norma jurídica tem como fundamento um valor, o qual é apreendido pela consciência intencional do ser humano, de sorte que esta constitui o fundamento último. Ademais, a partir dessa premissa de que o homem é o valor-fonte de todos os valores, avulta de importância para o direito a política, notadamente a necessidade de um espaço público de participação política efetiva de todos os integrantes da sociedade civil.

A rigor, constata-se que, em especial após as atrocidades perpetradas na 2.ª Guerra Mundial, o Direito tem se aberto aos valores, despontando a filosofia pós-positivista em detrimento do positivismo jurídico formalista. Inclusive, é possível identificar um processo de constitucionalização do direito, reconhecendo-se imperatividade aos valores e princípios consagrados na Carta Maior em relação a todo o ordenamento jurídico, com o escopo de conferir maior segurança jurídica e assegurar a efetividade dos direitos humanos.

Referido fenômeno, todavia, deve ser compreendido com cautela, cumprindo atentar que a positivação de valores e princípios no ordenamento jurídico-constitucional não retira a importância do debate sobre os fundamentos externos do direito, sob pena de se retornar à ilusória ideia positivista de um sistema jurídico completo e autossuficiente. Com efeito, o plano da legitimação interna do Direito Penal deve ser sempre considerado em separado daquele da justificação política externa, permitindo-se a análise da justiça do sistema normativo.

Por fim, considerando todo o exposto, conclui-se que o Direito Penal deve possuir uma fundamentação antropológica, já que ele não constitui um fim em si mesmo, mas sim um instrumento para servir ao homem através da realização da justiça. Cabe ao Direito Penal, destarte, garantir as condições externas para a autenticidade do ser de cada indivíduo em sua consciência, assegurando a coexistência. Uma vez conhecida sua essência invariável, parece possível alcançar um nível maior de racionalidade legislativa.

5. BIBLIOGRAFIA

ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. 3. ed. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L., 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Vientiuno de España Editores, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 11. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

_____. *Direito e poder*. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Unesp, 2008.

CÂMARA, Jorge Luis Fortes Pinheiro da. *Os fundamentos e a crise do direito na modernidade: perspectivas filosóficas dos direitos humanos segundo a fenomenologia*. Tese de doutorado, Rio de Janeiro, UFRJ, 2007.

_____. Técnica, direito e crise de legitimidade. *Fenomenologia e Direito*. vol. 1. n. 2. p. 41-64. Rio de Janeiro: Cadernos da Emarf, out. 2008-mar. 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos. Disponível em: [www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/33031/32211]. Acesso em: 23.05.2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hasan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Habermas y el derecho. In:_____. (coord.). *El derecho en la teoría social: diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid: IISJ-Dykinson, 2001.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Atualidade e permanência do direito natural. *Fenomenologia e Direito*. vol. 2. n. 2. p. 15-29. Rio de Janeiro: Cadernos da Emarf, out. 2009-mar. 2010.

_____. Direito, valor e técnica. *Fenomenologia e Direito*. vol. 1. n. 2. p. 87-98. Rio de Janeiro: Cadernos da Emarf, out. 2008-mar. 2009.

_____. Edmund Husserl e o fundamento fenomenológico do Direito. *Fenomenologia e Direito*. vol. 2. n. 1. p. 67-79. Rio de Janeiro: Cadernos da Emarf, abr.-set. 2009.

_____. Para uma teoria fenomenológica do direito, I. *Fenomenologia e Direito*. vol. 3. n. 1. p. 15-26. Rio de Janeiro: Cadernos da Emarf, abr.-set. 2010.

_____. Para uma teoria fenomenológica do direito, II. *Fenomenologia e Direito*. vol. 3. n. 2. p. 27-37. Rio de Janeiro: Cadernos da Emarf, out. 2010-mar. 2011.

_____. Para uma teoria fenomenológica do direito, III. *Fenomenologia e Direito*. vol. 4. n. 1. p. 65-77. Rio de Janeiro: Cadernos da Emarf, abr.-set. 2011.

_____. *Pequena introdução à filosofia política: a questão dos fundamentos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *The inclusion of the other: studies in political theory*. Massachussetts: The MIT Press, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2005.

SEMER, Marcelo. Direito penal e direitos humanos: uma história de paradigmas e paradoxos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 69. p. 98-128. São Paulo: Ed. RT, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002. Série as ciências criminais no século XXI, vol. 11.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1998. vol. 1.

_____. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1987. vol. 2.

_____. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1981. vol. 3.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 1.

_____ et al. *Direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. vol. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra, de Winfried Hassemer – *RBCCrim* 6/36;
- Relación entre la etica y el derecho en la actual dinámica legitimadora de la norma penal, de Raúl Cervini – *RBCCrim* 14/119;
- As origens ideológicas do direito penal do inimigo, de Francisco Muñoz Conde – *RBCCrim* 83/93;
- Da modernidade à pós-modernidade, do positivismo ao pós-positivismo sobre a exposição da crise de legitimidade do sistema penal brasileiro pelas transformações da sociedade e do direito, de Domingos Barroso da Costa – *RBCCrim* 94/321; e
- Direito penal, constituição e hermenêutica: pela superação do positivismo jurídico e a possibilidade do acontecer do direito num ambiente de neoconstitucionalismo, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 91/21.

60815

ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA AUTORIA MEDIATA NOS CRIMES CULPOSOS

5

Fundamental aspects of perpetration-by-means in the negligent crimes

LUCIANA DE OLIVEIRA MONTEIRO

Doutora em Direito Penal. Professora de Direito Penal do Centro Universitário Estácio da Bahia. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de introduzir, como tema de debate, a questão da admissibilidade da autoria mediata no âmbito dos delitos culposos. Para este fim realizamos uma análise sobre o conceito de delito, ponderando as particularidades do delito culposo. Além disso, analisamos qual deve ser o sistema de autor para este tipo de delito e se existem verdadeiros obstáculos à admissibilidade de um conceito restritivo de autor para os delitos culposos. Tudo isso com o objetivo de estabelecer as bases teóricas que possibilitam caracterizar a autoria mediata de um delito culposo, delimitando-a de outras figuras.

PALAVRAS-CHAVE: Autoria mediata - Delitos culposos.

ABSTRACT: This article focuses on the discussion of some aspects of admissibility of perpetration-by-means within the negligent crimes. To this end, the concept of crime is analyzed, evaluating specific features of a negligent crime. We also analyze the authorship system for this type of crime, and whether there are real obstacles for admission of a restrictive concept of perpetration in negligent crimes. All is done in order to establish a theoretical basis for the characterization of perpetration-by-means in negligent crimes, setting it apart from other forms of intervention.

KEYWORDS: Perpetration-by-means - Negligent crimes.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Premissas metodológicas na caracterização do delito culposo - 3. O sistema de autor nos delitos culposos - 4. Aspectos fundamentais da autoria mediata - 5. As bases da admissibilidade da autoria mediata nos delitos culposos - 6. Casuística - 7. Limites da autoria mediata em casos específicos: 7.1 Autoria mediata com instrumento-vítima *versus* autoexposição ao perigo; 7.2 Autoria mediata *versus* autoria direta em comissão por omissão - 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O estudo específico da intervenção de diferentes pessoas no delito culposo teve durante muito tempo um caráter secundário na doutrina, como consequência do desenvolvimento da dogmática penal e das categorias jurídicas pensadas para os delitos dolosos.

Essa tendência, entretanto, vem sendo paulatinamente modificada em virtude do crescente interesse, ao largo dos últimos 20 anos, de um significativo setor da doutrina estrangeira, especialmente em Espanha, no estudo particularizado da culpa que engloba: a elaboração sistemática do conceito de culpa, o estudo do sistema de autor mais adequado para os delitos culposos e, inclusive, a análise do específico tratamento das formas de intervenção nessa classe de delito e seus limites.

O contato com essa diferente perspectiva teórica no tratamento da culpa produziu, como efeito, o despertar do nosso interesse no estudo das questões de fundo que sustentam essa discussão, convencendo-nos de que o delito culposo não está definitivamente condenado a ser visto somente através do prisma da teoria final da ação, com suas implicações no tratamento da autoria e da participação no delito.

Seguindo por este caminho, tivemos a oportunidade de desenvolver um projeto de pesquisa cujo objetivo consistiu em dar um passo adiante, indagando, especificamente, sobre o fundamento, a caracterização e os limites de uma das formas de autoria que, no âmbito da tradição finalista, foi desenvolvida para os delitos dolosos: a autoria mediata.

O presente artigo parte, portanto, de uma questão específica e aparentemente simples: é admissível a autoria mediata nos delitos culposos?[1]

1. Neste artigo realizamos a exposição resumida de algumas das principais conclusões alcançadas no trabalho de pesquisa desenvolvido dentro do Programa de Doutorado dirigido pelo Prof. Dr. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde "Problemas actuales del derecho penal y del criminología" do Depto. de Direito Público da Universidade Pa-

Certamente não temos a intenção de realizar aqui uma análise detalhada dos aspectos que estão relacionados com essa questão, mas sim de dar notícia dos pontos que sustentam essa discussão no marco da doutrina e legislação penal espanhola (CP 1995)[2] para, finalmente, indagar sobre a possibilidade de aplicação das conclusões alcançadas no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

2. PREMISSAS METODOLÓGICAS NA CARACTERIZAÇÃO DO DELITO CULPOSO

Tal como entendemos, a resposta à pergunta inicialmente formulada não deve ser elaborada *a priori*, com base nas teorias da autoria e da participação (utilizadas para a interpretação das normas que disciplinam o concurso de agentes), sem antes deixar claro quais são as premissas metodológicas sobre as que nos apoiamos para a caracterização do delito culposo.

Neste sentido, partimos da base de que o injusto penal – seja doloso ou culposo –, enquanto desvalor de ação e desvalor de resultado, tem como fundamento a concepção de norma penal como norma de determinação e de valoração.[3]

Ademais, adotamos a concepção teleológico-funcional de sistema penal desenvolvida por Roxin, a partir da qual é possível deduzir que as respostas jurídico-penais devem estar fundamentadas em preceitos normativos que, sem

---

blo de Olavide de Sevilha, e que culminou, no dia 03.12.2010, com a defesa da tese doutoral titulada "La autoría mediata en los delitos imprudentes", orientada pela Profa. Dra. Carmen López Peregrín.

2. Código Penal espanhol aprovado pela Lei Orgânica 10, de 23.11.1995, publicada no Boletín Oficial del Estado Español 281, de 24.11.1995.

3. Seguimos a postura defendida, entre outros, por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal. Parte general I.* Madrid: Universitas S.A., 1996. p. 339-341; ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la teoría del delito.* Trad. y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 320-325; MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito.* Montevideo: B de f, 2006. p. 291-300; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: Parte general.* 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 57-65. Para o estudo das distintas concepções da norma penal a partir das teorias da pena confira ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.* n. 51. p. 369 e ss., Madrid: Ministerio de Justicia: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1998; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2010. p. 291 e ss., 505 e ss.

perder de vista os dados da realidade empírica e a finalidade humana, têm como base a compreensão valorativa dos fatos, com vistas à finalidade do direito penal, orientado a preservar determinados interesses e valores.[4]

A construção do sistema penal e, em consequência, das categorias dogmáticas a partir desse modelo permitem a permeabilidade do sistema ao mundo do ser, aspecto que resulta de vital importância para o entendimento e a valoração jurídico-penal da culpa que, como categoria normativa, estruturada a partir do dever-ser, necessita, em nossa opinião, de um componente individualizante capaz de oferecer garantias à inadmissibilidade da responsabilidade objetiva no âmbito dos delitos culposos.

Desde a nossa perspectiva, esse entendimento implica adotar, tanto para os delitos dolosos como para os delitos culposos de resultado, os critérios desenvolvidos pela teoria da imputação objetiva,[5] e a concepção pessoal do injusto.[6]

Essa postura não significa, sem embargo, uma compreensão subjetivada do injusto, nem supõe a introdução de elementos da culpabilidade na antijuridicidade. Com efeito, o aspecto *individualizante* que deve ser levado em consideração na sede do injusto refere-se à valoração de se o sujeito teve, *ex ante*,

---

4. Confira ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. e introducción de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 49 y ss.; ROXIN, Claus. *Derecho penall*... cit., p. 216-231; ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo blanch, 2000. p. 44-45.

5. Um amplo setor da doutrina alemã e espanhola está de acordo com que a teoria da imputação objetiva e a utilização de critérios normativos na identificação da conduta típica e na imputação do resultado têm aplicação tanto no âmbito dos delitos dolosos, como no âmbito dos delitos culposos. A este respeito confira, entre outros, ROXIN, Claus. La problemática de la imputación objetiva. Trad. Enrique Casas Barquero. *Cuadernos de Política Criminal*. n. 39. p. 752 e ss., Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1989; ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 999; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. Estudio preliminar. In: JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Madrid: Civitas, 1996. p. 37; JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 384-385; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. *La complicidad en el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 182 e ss., 233 e ss.

6. Formulada por WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. y notas de José Cerezo Mir. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2002. p. 97 e ss., e que representa uma das mais importantes contribuições do finalismo à reforma sistemática da culpa.

acesso aos elementos que configuram a perigosidade da sua própria conduta, de modo que pudesse ajustar seu comportamento às exigências de cuidado.[7] E dita valoração é independente da concreta capacidade de motivação do sujeito, aspecto pessoal que é analisado no âmbito da culpabilidade.[8]

Além disso, partimos da base de que a determinação da infração do dever de cuidado que dá lugar à caracterização do tipo culposo deve ser diferenciada do juízo de antijuridicidade. Porque, em nossa opinião, para os delitos culposos é perfeitamente possível manter, de forma coerente e sem contradições sistemáticas, que o injusto se caracteriza pela realização de uma conduta típica não autorizada por uma causa de justificação que exclua a antijuridicidade. Desta forma, a conduta culposa se identifica como tal já na própria valoração da tipicidade e será, ademais, antijurídica se não está autorizada por uma causa de justificação.[9]

Esta compreensão tampouco significa confundir o elemento subjetivo da tipicidade com o elemento subjetivo da causa de justificação, na medida em que se projetam sobre aspectos distintos da realidade. Com efeito, neste último trata-se de verificar se o sujeito tinha, no caso concreto, acesso às circunstâncias que caracterizavam a situação justificante, e se atuou com base nisso. Neste sentido partimos de uma concepção tripartida de delito *também* para os delitos culposos.[10]

---

7. Sobre a perspectiva *ex ante* no âmbito do direito penal, confira MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 175-197. Dessa forma, assumimos neste trabalho a concepção defendida, entre outros, por MIR PUIG, Santiago (Idem, p. 274), de acordo com o qual a conduta humana "es una unidad objetivo-subjetiva". Assumimos também o reflexo desta postura na tipicidade, aderindo à postura de Roxin quando este autor manifesta que "la acción típica constituye una unidad de factores internos y externos, que no se puede romper, pero sí que se puede tener presente en sus momentos particulares (tanto objetivos como subjetivos) en sus peculiaridades" (ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 303).

8. Confira ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 1015-1016; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. cit., p. 340-341, 406; MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal.* Valencia: Tirant lo blanch, 2009. p. 291 e ss.

9. A este respeito confira, entre outros, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general.* Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 352-354, 634-637; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte geral 1.* 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 330.

10. Com esta base deduzimos que é possível conciliar a concepção pessoal do injusto com a concepção tripartida do delito no âmbito dos delitos culposos. Em consequência, também deduzimos a existência de um elemento subjetivo do tipo no âmbito dos delitos culposos, e de um elemento subjetivo das causas de justificação, sem que esse

Desta forma garante-se um tratamento mais adequado do erro no direito penal, possibilitando uma diferenciação mais nítida entre erro de tipo e de proibição, com a consequente delimitação mais ajustada da culpa que, unida à concepção estrita da culpabilidade defendida por Muñoz Conde, permite o enquadre sistemático do erro sobre o pressuposto objetivo de uma causa de justificação em sede de culpabilidade, como erro de proibição.[11] Caberá, entretanto, excepcionalmente, a justificação da conduta quando se constate *ex ante* a representação razoável dos pressupostos objetivos da causa de justificação.[12] Como consequência, entendemos que aquele que se encontre imerso nesta classe de erro objetivamente invencível não atuará de forma antijurídica.

Com estas considerações iniciais acerca do injusto, deduzimos a possibilidade de manter uma análise escalonada das categorias sistemáticas do delito, de forma equilibrada e similar, tanto nos delitos dolosos como nos culposos, de maneira que já neste aspecto o delito culposo não demanda um tratamento globalmente diferenciado ou específico em comparação com os delitos dolosos.

Nesta linha de entendimento, defendemos que na caracterização de um delito culposo de resultado se valora, em sede de tipicidade, a possibilidade *ex ante* de acesso aos fatores de risco e das pautas de cuidado (previsibilidade) para evitar o resultado típico.

A viabilidade e concretização da nossa concepção são desenvolvidas, por um lado, a partir do entendimento de que o tipo objetivo é comum tanto para

---

entendimento implique a confusão ou união das categorias sistemáticas da tipicidade e da antijuridicidade, que são diferenciáveis entre si e, também, com respeito à culpabilidade e seus elementos. Nesse sentido confira ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 286-289, 597-601, 1031-1034; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op.cit., p. 254 e ss.

11. Confira MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error en derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989. p. 55-57.

12. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., p. 314-316, 325, 329, 384-385. A adoção desse critério já havia sido defendida por Muñoz Conde na valoração da legítima defesa putativa. Confira MUÑOZ CONDE, Francisco. Legítima defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed. español); SCHNEMANN, Bernd; DIAS, José de Figueiredo (coord.) *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro-homenaje a Claus Roxin*. p. 183-199. Barcelona: Bosch, 1995; MUÑOZ CONDE, Francisco. Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa. Trad. María Verónica Yamamoto. *Revista Penal*. n. 24. p. 122-134. Barcelona: Praxis, 2009.

os delitos dolosos como para os delitos culposos,[13] e de que este se delimita através dos critérios de imputação objetiva formulados por Roxin.[14] Por outro lado, desenvolvemos nossa concepção a partir do entendimento de que o delito culposo também está composto por um tipo subjetivo.[15] Isto significa que será necessário constatar se existiu pelo menos conhecimento ou cognoscibilidade dos fatores de risco na realização da ação típica, ou seja, se o sujeito no caso concreto atuou, como mínimo, com culpa.

Desta forma, a conduta típica culposa se caracteriza através de um duplo juízo de imputação: no primeiro se verifica a criação de um risco tipicamente relevante que, se ademais era cognoscível o conhecido *ex ante*, nos permite

13. A favor de que o tipo objetivo é comum para os delitos tipificados na forma dolosa e culposa, entre outros, LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. Op. cit., p. 249, n. 38; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, José Miguel. *Manual de derecho penal*. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 268, 317, 353-355 (que inclusive manifestam que esta unidade pode ser vista como uma das consequências do sistema de incriminação fechado da culpa introduzido através do art. 12 do CP/1995, regra que no Brasil conhecemos como a excepcionalidade do crime culposo, segundo o disposto no parágrafo único, do art. 18 do Código Penal); ROMEO CASABONA, Carlos María. *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*. Granada: Comares, 2005. p. 69-70.

14. Para a concretização dos dois momentos valorativos da teoria da imputação objetiva – criação de um risco não permitido e realização do risco não permitido no resultado – Roxin perfila uma série de critérios orientados a partir da finalidade preventiva de proteção de bens jurídicos: por um lado, ausência de diminuição do risco, criação de um risco juridicamente relevante, e ausência de risco permitido, utilizados para delimitar a conduta típica desvalorada; e por outro lado, realização do risco não permitido, esfera de proteção da norma e incremento do risco, utilizados para provar a relação entre a conduta típica e o resultado, e, em consequência, imputar o resultado à conduta. Neste sentido, os postulados e critérios da teoria da imputação objetiva se utilizam para delimitar a conduta típica (que *ex ante* pode ser valorada como perigosa e adequada à afetação do bem jurídico protegido) e para provar a relação de risco entre a conduta típica e o resultado típico (que *ex post* pode ser visto como a realização da conduta perigosa *ex ante*). Confira ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 365 e ss. Por último, Roxin formula o critério do alcance do tipo através do qual limita a imputação ao tipo objetivo, excluindo resultados que não estão abarcados pelo fim de proteção da norma penal. Confira ROXIN, Claus. *La problemática*... cit., p. 759 e ss.; ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 386-387. Não estamos de acordo, sem embargo, com a aplicação deste último critério para decidir o alcance da tipicidade quando se produz a cointervenção no delito.

15. Sobre o tipo subjetivo do delito culposo, confira CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2005. p. 217 e ss.

afirmar a infração de um dever de cuidado. No segundo, se verifica se este risco se realizou no resultado típico (de perigo concreto ou de lesão), e se este resultado entra no âmbito de proteção da norma. Uma vez constatados estes dois juízos de imputação, fica caracterizada a tipicidade da conduta culposa que, de não estar justificada, nos permite afirmar respectivamente, o desvalor da ação e o desvalor do resultado.

A concepção esboçada no texto, acerca da caracterização da conduta típica culposa, permite-nos superar a tradicional interpretação causalista do art. 18, II, do CP, sustentada pela doutrina brasileira.[16]

3. O SISTEMA DE AUTOR NOS DELITOS CULPOSOS

A delimitação da conduta típica culposa através dos critérios de imputação objetiva não significa, sem embargo, que as questões relacionadas com o alcance da tipicidade, quando se produz a cointervenção em um delito, devam ser solucionadas por este mesmo caminho. Com efeito, a relação de autoria entre os intervenientes e o delito culposo, tal como entendemos, deve ser tratada desde outra perspectiva, vinculada à adoção de um determinado sistema de autor, à ponderação de se deve ser aplicado ou não o princípio de acessoriedade da participação, e à consequente eleição de um critério de autor.[17]

Com estas considerações sobre a delimitação e alcance da tipicidade concluímos que tampouco neste âmbito existem motivos suficientes para diferenciar, sob o ponto de vista teórico, e *a priori*, o tratamento dos delitos culposos em relação aos delitos dolosos, especialmente no que se refere à cointervenção no delito.

Uma vez esclarecido o nosso entendimento sobre os delitos culposos, o seguinte passo a ser dado neste trabalho consiste em analisar os distintos sis-

16. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 79-80.

17. A este respeito confira a obra fundamental de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en derecho penal*. Barcelona: PPU, 1991. Além disso, confira PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Madrid: Tecnos, 1990. p. 94 e ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992. p. 345-346; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. Op. cit., p. 29 e ss., 59 e ss.; PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*. Madrid: Civitas, 1999. p. 34 e ss.; ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría y participación imprudente*. Granada: Comares, 2002. p. 48 e ss.; 503 e ss.

temas de autor, com a finalidade de determinar qual deve ser o adotado para esta classe de delitos.

A este respeito, criticamos o posicionamento de um setor da doutrina que, partindo de argumentos teóricos, se manifesta favorável ao sistema unitário para os delitos culposos.[18] Nossa crítica se justifica porque entendemos que este posicionamento não é fruto de uma autêntica aceitação dos postulados de um sistema unitário (formal ou funcional), e, sim, consequência da dificuldade de distinguir entre autoria e participação nos delitos culposos a partir dos postulados do finalismo e da teoria do domínio do fato.[19]

Também nos parece inadequada a adoção da teoria da imputação objetiva, para encontrar respostas ao alcance da tipicidade, quando se produz a cointervenção em um delito culposo, com a consequente conformação de um conceito unitário atenuado de autor;[20]

---

18. Como é o caso da postura de GÓMEZ BENÍTEZ, Manuel. El dominio del hecho en la autoría (validez y límites). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. n. 37. p. 120-123. Madrid: Ministerio de Justicia: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1984; CHOCLÁN MONTALVO, J. Antonio. *Deber de cuidado y delito imprudente*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 128; BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte general*. 5. ed. Madrid: Akal, 1998. p. 242-250, 377-388; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, José Miguel. Op. cit., p. 369, 628-631; BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 79-84; BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta, 2004. p 118; BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Madrid: Trotta, 2006. p. 399-415; CEREZO MIR, José. *Obras completas, derecho penal. Parte general*. Perú: Ara, 2006. t. 1, p. 1106-1110; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. In: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (dir.) _____ (coord.). *Comentarios al Código Penal*. Barcelona: Bosch, D. L., 2007. t. 1, p. 387 e ss; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 496-497.

19. JORGE BARREIRO, Agustín. *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*. Madrid: Tecnos, 1990. p. 121; ROBLES PLANAS, Ricardo. Participación en el delito e imprudencia. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. n. 6. p. 223-251. Madrid: Uned, 2000; ROSO CAÑADILLAS, Raquel. Op. cit., p. 34 e ss.

20. Como se observa nas propostas formuladas, sob perspectivas metodológicas distintas, por um lado, por ROXIN, Claus. *La problemática...* cit., p. 759 e ss.; ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 999 e ss.; ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 741-743; e, por outro lado, por JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva...* cit., p. 106-109, 145 e ss.; JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Trad. y estudio preliminar Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997. p. 209-222, 241-270; JAKOBS, Günther. *Derecho penal...* cit., p. 258 e ss., 788-789. Com isso não queremos dizer que os critérios de imputação objetiva não tenham nenhu-

Em realidade, da interpretação dos preceitos que disciplinam o concurso de agentes no delito, tanto no ordenamento jurídico-penal alemão como no espanhol – referentes normativos utilizados para as construções dogmáticas mais significativas acerca do fenômeno da participação no delito –, não se infere uma expressa adoção do sistema unitário para os delitos culposos. E, nem mesmo a aceitação da vigência do princípio da acessoriedade limitada da participação, obriga a adotá-lo, já que, em nossa opinião, deste princípio não se deduz a necessidade do dolo da participação *per se*, como um requisito intrínseco do fenômeno da participação *stricto sensu*. Em consequência, nada impede acolher um sistema diferenciador restritivo de autor tanto para os delitos dolosos, como para os delitos culposos.[21]

---

ma utilidade na diferenciação entre autoria e participação, mas, sim, que não são suficientes para este fim justamente porque estão pensados para a delimitação da tipicidade objetiva.

21. Nesse sentido se manifestam RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. El autor mediato en derecho penal español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. n. 22. p. 480. Madrid: Ministerio de Justicia: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1969; CÓRDOBA RODA, Juan; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal*. Barcelona: Arial, 1972. t. I, p. 814 e ss.; MIR PUIG, Santiago. Adiciones de derecho español al § 61. In: JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Trad. y adiciones de derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. vol. 2, p. 914-915; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales. *Revista de Derecho de la Circulación*. p. 277-278. Madrid: Centro Informativo del Seguro, 1984; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. n. 42. p. 892-900 Madrid: Ministerio de Justicia: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1989; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso*... cit., p. 507-511; JORGE BARREIRO, Agustín. Op. cit., p. 121 e ss.; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Op. cit., p. 292-295; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. cit., p. 485 e ss., 691; GÓMEZ RIVERO, Carmen. *La inducción a cometer el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 343 e ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. Op. cit., p. 405-406, nota 86; PÉREZ MANZANO, Mercedes. Op. cit., p. 62 e ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*. Zaragoza: Edijus, 1999. p. 76-77; ROSO CAÑADILLAS, Raquel. Op. cit., p. 207-209, 308-311; SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Intervención delictiva e imprudencia*. Granada: Comares, 2004. p. 27, 384-385; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. Algunas cuestiones sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia, a propósito de la responsabilidad penal por el producto. In: _____; GURDIEL SIERRA, Manuel; CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (coords.) *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. p. 850-852; BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *La participación en el delito imprudente en el Código Penal español de 1995*. Madrid: Dykinson, 2007. p. 15, 56-

Em relação ao nosso ordenamento jurídico, o legislador penal brasileiro não definiu o conceito de autor, somente estabeleceu no *caput* do art. 29 que: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade". Sucede que o texto do art. 29 do Código Penal brasileiro (CP), determinada pela Lei 7.209/1984, apresenta-se ainda como uma reminiscência do anterior art. 25, cuja redação estava claramente influenciada pelas normas do Direito Penal italiano (Código Penal italiano de 1930), sistema que tradicionalmente adotou o sistema unitário formal de autor. A doutrina nacional é, de fato, unânime em afirmar que o CP 1940 introduziu o sistema unitário de autor,[22] com fundamento nas teorias da causalidade, que ganharam força dado a dificuldade de estabelecer um critério de diferenciação entre autores e partícipes no crime.[23]

57; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., p. 434, 440-441. Essa possibilidade se mantém com independência de que se diferencie, ou não, o injusto doloso em relação ao injusto culposo, o que não constituiria um impedimento para defender o mesmo conceito de autor para essas categorias delitivas. Pois as diferenças existentes no âmbito do tipo subjetivo não implicam que os delitos dolosos e imprudentes não compartam um tipo objetivo comum sobre o qual se configura o conceito de autor.

22. SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal. Parte geral.* Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. t. II, p. 609-612; GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal.* São Paulo: Max Limonad, 1951. vol.1, t. I, p. 362; BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte geral.* Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda., 1956. t. 2, p. 635-638; HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. 1, t. II, p. 405-411; LYRA, Roberto. *Comentários do Código Penal.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. II, p. 317; FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquência no direito penal brasileiro.* São Paulo: Bushtsky, 1976. p. 3-4; SANTOS, Gerson Pereira dos. *Inovações ao Código Penal: parte geral.* São Paulo: Saraiva, 1985. p. 56-57; NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal.* 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. vol.1, p. 210; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal. Parte geral.* 12. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 665-670; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral.* São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 665-670; COSTA JR. Paulo José da. *Direito penal: curso completo.* 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 112; BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 14-19. Esse último autor entende que o CP 1940 adotou um conceito extensivo de autor, com fundamento na teria da equivalência dos antecedentes causais. Cabe desde já advertir que a equiparação de todos os intervenientes no crime como autores, segundo as regras do sistema unitário formal, ou segundo as regras do sistema extensivo, não impede a individualização da pena.

23. Cf. COSTA E SILVA, Antonio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil.* São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930. p. 85: "Diante da impossibilidade de descobrir um critério satisfactorio para separar a autoria da cumplicidade (em acepção

As origens históricas do art. 29 e das normas atualmente vigentes sobre o concurso de pessoas no crime não são, contudo, determinantes da adoção de um sistema unitário de autor, pois também é possível interpretá-los desde os postulados do sistema diferenciador restritivo. Para esse efeito, é necessário assumir que o nosso ordenamento jurídico penal não oferece obstáculos à adoção do princípio da acessoriedade da participação e de suas consequências.[24] Estamos de acordo com a doutrina brasileira quando, a esse respeito, manifesta que o art. 31 do CP, permite, inclusive, deduzir a adoção da acessoriedade da participação, na medida em que a relevância típica do comportamento do partícipe depende do início da execução do crime pelo autor.[25]

Em relação à aplicabilidade dos postulados do sistema diferenciador restritivo de autor para os delitos culposos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, é possível afirmar que tampouco existem obstáculos normativos à sua admissibilidade, pois o nosso Código Penal não contém regras específicas acerca da intervenção nessa categoria de crime. Em realidade, somente está especificado, a teor do disposto no parágrafo único do art. 18, que a modalidade culposa somente será punível de maneira excepcional, quando o legislador assim o determinar na parte especial.

Problemática completamente distinta da anterior é a relativa a se a participação culposa deve ser ou não punível, pois não está relacionada diretamente

---

restricta), modernos escriptores foram levados a negar a existência da distinção qualificativa entre uma e outra" (*sic*). Mendes Pimentel foi quem melhor sintetizou os fatores que determinaram as mudanças introduzidas pelo Código Penal de 1940: "Se não há fórmula capaz de antecipadamente e fundamentadamente apartar a autoria da cumplicidade, se a função penal não é retributiva, se só a individualização judiciária pode dar o tratamento penal adequado à periculosidade do delinquente, a conclusão é desentulhar a parte geral dos códigos dos complicados dispositivos referentes à co-delinqüência, substitui-los pela parte geral da applicabilidade da pena a todo comparticipe doloso, possibilitando ao juiz não só a escolha como a quantidade de pena a infligir a cada comparticipe" (PIMENTEL, Mendes apud COSTA E SILVA, Antonio José da. Op. cit., p. 87, *sic*). Acerca das teorias da causalidade, GARCIA, Basileu. Op. cit., p. 362, manifestava que: "A classificação dos agentes do mesmo crime em autores e cúmplices prende-se à causalidade material". E de acordo com BRUNO, Anibal. Op. cit., p. 637: "Hoje concordam os autores em que a maneira de resolver o problema da coautoria está presa ao ponto de vista que se adote em relação à causalidade".

24. Referimo-nos às consequências que derivam da acessoriedade qualitativa (ou externa) e da acessoriedade quantitativa (ou interna), que repercutem na extensão da tipicidade para a conduta do partícipe em função da atuação do autor. Confira a esse respeito a obra fundamental de PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Op. cit.

25. Confira, por todos, BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 164-167.

com o questionamento teórico da acessoriedade qualitativa, mas, sim, com a forma de regular, em um determinado ordenamento jurídico, a participação. E dado que, tanto em relação ao Código Penal espanhol de 1995 (CP 1995), quanto em relação ao Código Penal brasileiro (CP), não existe um posicionamento expresso do legislador ao respeito, entendemos que cabe a possibilidade não só de admitir um conceito restritivo de autor para os delitos culposos, mas, também, a possibilidade de admitir a tipicidade e a punibilidade da participação imprudente. Nem mesmo o disposto no § 2.º do art. 29 do CP é empecilho para aceitar a admissibilidade da participação em crime culposo, pois ele se limita a regular os efeitos do desvio subjetivo de conduta nos crimes dolosos. A regra do § 2.º do art. 29 do CP, sem embargo, não determina a impossibilidade de caracterização da participação voluntária e consciente na conduta perigosa realizada por outro, às quais seja imputável o (eventual) resultado a título de culpa. Com isso queremos evidenciar que a participação voluntária e consciente na conduta perigosa realizada por outro, não requer, necessariamente, como insiste a doutrina, dolo em relação ao resultado.

Além disso, entendemos que o princípio da acessoriedade limitada da participação não requer a indissociável unidade do título objetivo e subjetivo de imputação (que pode existir, mas não é um requisito para afirmar ou negar sempre a participação), ou ao menos isto não parece que esteja demonstrado desde o ponto de vista teórico. Com esse entendimento é possível caracterizar, tanto a participação culposa no crime doloso, como a participação dolosa no crime culposo, repercutindo, inclusive, positivamente, na delimitação entre os casos de verdadeira autoria mediata, dos casos de mera colaboração dolosa na conduta culposa de outro.

Nesses termos, podemos afirmar que entre autor e partícipe se estabelece um vínculo de coordenação (e não de subordinação), no qual cada um ostenta uma posição qualitativamente distinta na realização do fato, e no qual a relevância típica da intervenção acessória dependerá de se o autor realiza uma conduta principal típica e antijurídica. Ademais, aquela estará limitada pelo delito realizado pelo autor, no sentido de que o partícipe não poderá responder pelo que o autor não faz.

Com estes argumentos, e levando também em consideração os benefícios que o princípio de acessoriedade limitada proporciona na delimitação do âmbito da tipicidade e da punibilidade, a partir da interpretação restritiva dos tipos em harmonia com os postulados do direito penal em um Estado de Direito, assim como o caráter de *ultima ratio* do direito penal, e considerando a necessidade de segurança jurídica e de clareza na descrição das condutas típicas, deduzimos que se deve adotar um conceito diferenciador restritivo de

autor *também* para os delitos culposos, inclusive no âmbito do ordenamento jurídico-penal brasileiro. Postura que, sem embargo, não resulta incompatível com a possibilidade da tipicidade da participação culposa naqueles ordenamentos jurídicos que admitam a punibilidade da intervenção por culpa grave.

Partindo dessas bases, e entrando já na discussão sobre o critério de autor mais adequado para diferenciar entre autores e partícipes no delito culposo, somos partidários de que as soluções mais adequadas para o tratamento da codelinquência se encontram a partir da integração de aspectos normativos e objetivo-materiais na conformação de um critério que diferencie os intervenientes no delito culposo. Desta maneira defendemos que o mais apropriado é a adoção de um critério de caráter misto, capaz de incorporar as vantagens das propostas materiais e normativas, abandonando, definitivamente, extremismos que impossibilitem o diálogo entre escolas e teorias.[26]

Este critério estaria conformado, em primeiro lugar, por um ponto de partida objetivo-formal de acordo com o qual o conceito de autor se deduz da interpretação sistemática das normas da parte geral que disciplinam a intervenção no delito, postas em contato com os distintos tipos de delito da parte especial. Dessa forma, e levando em consideração o disposto no art. 28 do CP/1995,[27] o autor não é, única e necessariamente, o sujeito que executa de mão própria os elementos do tipo, pois, a partir da ideia da realização dos elementos do tipo da parte especial, também são subsumíveis diretamente no tipo tanto a conduta do autor mediato como a dos coautores. Esse ponto de partida pode ser aplicado no ordenamento jurídico brasileiro desde que a interpretação do art. 29 do CP seja feita com base nos postulados do sistema diferenciador restritivo de autor.

Ademais, estamos de acordo com que os tipos que prevêem a punibilidade da realização culposa de um determinado delito compartilham o tipo objetivo

---

26. No capítulo III, segunda parte, da tese doutoral que deu lugar a este artigo, realizamos a exposição crítica dos aspectos positivos e negativos das propostas formuladas pela doutrina, desde a teoria objetivo-formal e suas versões, passando pelas adaptações do critério do domínio do fato, até a progressiva normatização do tratamento da intervenção no delito através das diversas interpretações do princípio de autor-responsabilidade, já seja para fundamentar o reparto de responsabilidades e a diferenciação entre autores e partícipes através da ideia de proibição de regresso, ou para conformar o critério da competência sobre a fonte de perigo.

27. "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a. Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b. Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado."

com o delito doloso de referência, o que nos conduz a assumir também a conclusão de que os delitos culposos admitem as mesmas formas de autoria que os delitos dolosos.

Além disso, a autoria se expressa através da qualidade material da intervenção em relação com um determinado *standard* ou parâmetro valorativo, que é o que deve ser concretizado em um sistema restritivo de autor que adote como formas de autoria, a autoria individual, a coautoria e a autoria mediata. Neste sentido, o fundamento material da autoria se baseia no maior desvalor do injusto da conduta do autor em relação ao menor desvalor do injusto do partícipe, que se reflete, por um lado, no diferente marco penal aplicado ao autor em relação ao cúmplice e, por outro lado, nos efeitos da acessoriedade limitada da participação para a indução e a cumplicidade. Este ponto de partida material também pode ser expresso em termos normativos, na medida em que na delimitação da conduta típica que realiza o autor devem ser cumpridos os requisitos valorativos que outorgam a relevância penal da conduta a efeitos de tipicidade, que neste trabalho correspondem aos critérios de imputação objetiva, apesar de que, como já advertimos, estes não sejam requisitos exclusivos da conduta do autor.

O aspecto objetivo que identifica o autor, e o distingue do partícipe, parte da valoração da efetiva contribuição ao fato, e não da exigência de um especial ânimo do interveniente em relação ao seu modo de intervenção no delito. Na delimitação do aspecto objetivo adotamos, em segundo lugar, o critério proposto por Luzón Peña[28] e seus seguidores[29] através da teoria do domínio objetivo e positivo do fato, mas não nos limitamos a ele. Pois, em nossa opinião, o critério de autor deve ser enriquecido, em terceiro lugar, com outros elementos, como o aspecto subjetivo e normativo, de modo que se evite a caracterização fortuita ou acidental da autoria, assim como excessos de punibilidade, especialmente no âmbito da realização mediata de um delito.[30]

Neste sentido, a conduta do autor se caracteriza, em um primeiro momento, como o atuar consciente e voluntario que determina objetivamente o curso

28. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Autoría e imputación objetiva... cit., p. 277-278; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. La determinación objetiva del hecho... cit., p. 892-900.

29. Entre os quais merecem ser destacados DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. cit., p. 532 e ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. Op. cit., p. 398 e ss.; e ROSO CAÑADILLAS, Raquel. Op. cit., p. 518 e ss.

30. Como evidenciamos quando da análise do critério de autor mais adequado para diferenciar entre autores e partícipes, no capítulo III, segunda parte, da tese doutoral La autoría mediata en los delitos imprudentes, 2010.

dos acontecimentos (por oposição aos casos de ausência de ação), em que existirá, como mínimo, o acesso aos fatores de risco (por oposição a atuação fortuita ou acidental).

A partir destes elementos será possível valorar, sob a perspectiva jurídico-penal, se o autor atuou com o conhecimento ou a cognoscibilidade do risco proibido de sua conduta (atuação culposa), ou se havendo o conhecimento do risco proibido, decidiu-se pela lesão ou exposição ao perigo do bem jurídico protegido pela norma penal (atuação dolosa).

4. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA AUTORIA MEDIATA

Entrando agora no objeto central deste trabalho, partimos do entendimento de que na autoria mediata o homem de trás realiza o delito, responde pelo seu próprio injusto, apesar de que o fato seja levado a cabo através de outro. Desde a obra fundamental de Roxin,[31] esse entendimento constitui o ponto de partida sobre o qual se aglutina um amplo consenso na doutrina, ali onde se adote um sistema diferenciador restritivo de autor com diferentes formas de autoria.

Neste âmbito, a responsabilidade a título de autoria do homem de trás não se explica por si mesma a partir da ideia de realização dos elementos do tipo, sendo necessário levar em consideração, para que fique caracterizada a preponderância da intervenção na fase executiva, a liberdade de decidir e atuar não condicionada por outra pessoa.

Com efeito, a realização mediata do delito não se configura de maneira adequada sem a fundamentação do vínculo que se estabelece entre o homem de trás e o agente imediato. A este respeito defendemos que a instrumentalização constitui o elemento fundamental na caracterização da autoria mediata, ou seja, é o que permite identificar ao homem de trás como autor do injusto, e não como simples partícipe no delito.

Para um entendimento adequado desta forma de autoria, é de grande valia o conceito de liberdade e de autonomia que utilizamos neste trabalho. Tal como entendemos, a ideia de liberdade e de autonomia, em sentido jurídico-penal, não devem ser vistas, exclusivamente, como atributo individual da atuação humana em termos absolutos, pois *também* são liberdade e autonomia em relação às demais pessoas. E é, precisamente, nesta última acepção – uma acep-

31. Nos referimos à obra *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ção intersubjetiva – que utilizamos o termo autonomia para explicar a autoria mediata.

Com este fundamento, a autoria mediata se ajusta de forma mais adequada ao marco da realização do tipo, porque dessa forma é possível explicar que o homem de trás realiza o tipo instrumentalizando ou, em outras palavras, submetendo a autonomia do agente imediato na execução dos elementos do tipo.

A relação de instrumentalização se caracteriza, então, como a interferência por parte do homem de trás na esfera de autonomia privada do agente imediato. Nesta linha, a instrumentalização eficaz se verifica quando o agente imediato seja determinado à execução de uma conduta, sem a plena possibilidade ou sem a plena capacidade, no momento dos fatos, de opor resistência à capacidade de determinação que ostenta o homem de trás. E, de acordo como o nosso entendimento, somente será coerente admitir, com referentes estáveis, que um sujeito atua instrumentalizado, quando se encontre em alguma das circunstâncias de *déficit* pessoal que o ordenamento jurídico reconhece.

Dito isso, consideramos que a interferência na esfera da autonomia privada que produz uma minoração da autonomia individual relevante sob a perspectiva jurídico-penal pode ser reconhecida não só quando conduz à ausência de responsabilidade jurídico-penal, no sentido defendido habitualmente pelos partidários do princípio de responsabilidade.[32] Em realidade,

32. A adoção do princípio de responsabilidade é compartilhado por diferentes setores da doutrina, tanto na Alemanha, como na Espanha. O ponto de interseção entre as diferentes aplicações deste princípio (seja como fundamento normativo direto da autoria mediata, seja como limite desta forma de autoria em relação a outras formas de intervenção no delito) consiste, em linhas gerais, no condicionamento à caracterização do homem de trás como autor, à qualificação jurídica do agente imediato como sujeito isento de responsabilidade penal. A este respeito, confira a exposição de HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en derecho penal*. Granada: Comares, 1996. p. 206-207; ROXIN, Claus. *Autoría*... cit., p. 707-708; BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000. p. 209 e ss.; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 714 e ss.; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Granada: Comares, 2006. p. 21 e ss. As concepções mais radicais do princípio de responsabilidade na fundamentação da autoria mediata podem ser encontradas entre os seguintes autores: JAKOBS, Günther. *Derecho penal*... cit., p. 763 e ss.; JAKOBS, Günther. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. Trad. Bernardo José Feijoo Sánchez. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; CANCIO MELIÁ, Manuel (ed.). *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: seminario con Günther Jakobs en la UAM*. Madrid: Civitas, 2008. p. 199-200; CANCIO MELIÁ, Manuel. *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (imputación a la víctima)*. Bo-

a interferência que aqui defendemos como a imagem da instrumentalização, que constituem os casos de autoria mediata, pode ser também reconhecida quando o sujeito por ela afetado atue com algum *déficit* que conduza a um menor desvalor de injusto, ou a um menor grau de culpabilidade, contemplado normativamente.

Sem uma posição de preponderância, que se imponha a partir da instrumentalização, e sem uma clara determinação ao instrumento para que este realize uma conduta perigosa, não é possível atribuir ao homem de trás o título de autor mediato.

Com esta perspectiva, a preponderância do homem de trás na determinação do sucesso, através de outro, não está vinculada à direção do fato para o alcance de um resultado final, sendo possível caracterizar a autoria mediata inclusive quando o homem de trás não seja consciente, no momento dos fatos, da perigosidade do seu atuar e das consequências que possa alcançar através de uma instrumentalização eficaz.

Dessa forma, a ponderação de quando se dá um caso de instrumentalização deve ser levada a cabo a partir da consideração de que a relação existente entre homem de trás e agente imediato expressa uma atuação complexa, que envolve necessariamente dois sujeitos. A adoção dessa perspectiva, como consequência, requer por parte do observador externo, na hora de decidir se estamos ou não diante de um caso de autoria mediata, valorar, pelo menos, dois fatores: em primeiro lugar, se o homem de trás, desde a perspectiva *ex ante*, era consciente de sua posição preponderante e atuou voluntariamente aproveitando-se disso, ou seja, se a atuação do homem de trás era *ex ante* idônea para instrumentalizar, e, em segundo lugar, se, desde a perspectiva *ex post*, o agente imediato efetivamente atuou no sentido do que lhe foi determinado, ou seja, sob os efeitos da instrumentalização.

---

gotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 264 e ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica trascendencia. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. n. 51. p. 347 e ss. Madrid: Ministerio de Justicia: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1998; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Op. cit., p. 114-117; ROBLES PLANAS, Ricardo. Op. cit., p. 242-251; SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. Op. cit., p. 112 e ss., 245 e ss.; e MARAVER GÓMEZ, Mario. Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad. In: ALONSO ÁLAMO, Mercedes et al. *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 633 e ss.; MARAVER GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Navarra: Civitas, 2009. p. 261, n. 19.

Esta relação se manifesta, portanto, em um duplo aspecto: em primeiro lugar, em como incide o homem de trás sobre o agente imediato para instrumentalizá-lo e, como consequência do primeiro, em como resulta afetada a autonomia privada do agente imediato. Além disso, segundo o nosso entendimento, somente será coerente admitir com referentes estáveis que a instrumentalização é eficaz e que, portanto, um sujeito atua instrumentalizado – como efeito tangível e verificável da instrumentalização – quando tal circunstância se encontre plasmada em algum dos casos em que o ordenamento jurídico reconhece a presencia de *déficits* pessoais.

Concretamente, a instrumentalização pode dar-se em duas constelações de casos, em torno da qual expomos a possível e complexa casuística:(a) a instrumentalização através de uma situação de necessidade coativa, e (b) a instrumentalização através de uma situação de erro. Em outras palavras, a instrumentalização pode dar-se quando a conduta material levada a cabo pelo agente imediato (a) esteja motivada pela necessidade de empreender uma ação de salvaguarda de um bem jurídico frente a uma agressão, em cujo caso, pese à compreensão do desvalor de ação que realiza, não estaria em condições de opor resistência à determinação do homem de trás, inclusive quando atendesse ao que este lhe determinara por medo; ou quando sua conduta (b) seja devida a uma equivocada compreensão dos fatores de risco, ou do significado jurídico do fato que realiza. Neste caso, o agente imediato atenderia ao que lhe determinara o homem de trás porque desconhece a perigosidade, o alcance ou o verdadeiro sentido da conduta que leva a cabo.

A classificação proposta atende, assim, principalmente e em coerência com o que consideramos a essência da autoria mediata, ao modo em que o homem de trás instrumentaliza afetando a autonomia privada do agente imediato, e não ao concreto efeito excludente ou atenuante da responsabilidade do instrumento. De maneira que, tanto em "a" com em "b", pode dar-se a possibilidade de aplicação à conduta do instrumento de causas de justificação ou de exclusão da culpabilidade, completas ou incompletas, ou erros de tipo ou de proibição, vencíveis ou invencíveis.[33]

Com esta configuração somos da opinião de que não existem obstáculos à admissibilidade da autoria mediata nos delitos culposos.

---

33. A exposição detalhada dos diferentes pontos de vista acerca da fundamentação e âmbito da autoria mediata, por um lado, como dos argumentos que sustentam o nosso entendimento ao respeito, justificando a classificação dos casos de instrumentalização formulada no texto, por outro, pode ver-se no capítulo IV, terceira parte, da tese doutoral La autoría mediata en los delitos imprudentes, 2010.

5. AS BASES DA ADMISSIBILIDADE DA AUTORIA MEDIATA NOS DELITOS CULPOSOS

De fato, partindo da base de que o adjetivo "culposo" se refere à valoração jurídico-penal da conduta realizada em sede de tipicidade, e de que este adjetivo não se confunde com os elementos que compõem o critério de autor, desde o nosso ponto de vista, é possível deduzir que o elemento subjetivo do tipo não repercute necessariamente nas formas de autoria. Ao menos não altera nem afeta à estrutura da relação que se estabelece entre o homem de trás e o instrumento na realização mediata de um delito culposo.

Com efeito, a autoria do homem de trás depende da consciente e voluntária utilização do agente imediato como instrumento para que este realize uma conduta arriscada, com independência de se aquele se dá conta, no momento da determinação ao instrumento, do risco que gera dita conduta.

Esta forma de autoria se configura, então, quando o homem de trás realiza, através de uma instrumentalização eficaz, uma conduta perigosa com infração do dever objetivo de cuidado.

Com estes argumentos, tratamos de evidenciar que a criação do risco proibido com a infração de uma norma de cuidado pode ser levada a cabo por outra pessoa, que é utilizada como instrumento. E isso sucederá quando o homem de trás, no momento da instrumentalização e determinação da conduta perigosa, tenha ao seu alcance os indicadores do risco, de maneira que lhe seja pelo menos cognoscível o dever de cuidado exigível no momento da ação que, neste caso de realização mediata, é levada a cabo pelo agente imediato. E, justamente, pelo caráter decisivo da influência do homem de trás sobre quem atua instrumentalizado, aquele pode ser chamado ao centro do processo de imputação para responder na qualidade de autor mediato.

O vínculo entre o homem de trás e o fato requer, portanto, o acesso por sua parte à realidade que o rodeia (cognoscibilidade do risco) e a consciência (apreensão e significado) dos elementos que constituem o seu atuar (neste caso através de um instrumento), apesar de que não tenha a representação do perigo que gera através de outro e do resultado que pode chegar a produzir.

Dessa forma, e levando em consideração o fundamento da autoria mediata defendido neste trabalho, deduzimos a admissibilidade da autoria mediata nos delitos culposos, sem que se confunda instrumentalização consciente (requisito da autoria mediata) com dolo, nem realização mediata de um delito culposo com instrumentalização fortuita ou instrumentalização culposa.

6. CASUÍSTICA

Vejamos como resulta caracterizada essa figura, adentrando-nos no primeiro dos dois grupos de casos em que dividimos a casuística da autoria mediata, aquele em que se produz a instrumentalização através de uma situação de necessidade coativa.

Neste grupo de casos é possível conduzir o homem de trás ao centro do procedimento de imputação, como autor mediato, na medida em que o efeito da coação sobre o instrumento permita ao observador imparcial constatar que a instrumentalização foi, na prática, efetiva: justificando, exculpando a conduta, ou atenuando a pena, inclusive quando o instrumento atue coagido por acreditar, erroneamente, que se encontra numa situação de necessidade. Em outras palavras, quando o agente imediato tenha afetada a sua esfera de autonomia privada e seja, efetivamente, determinado pelo homem de trás como consequência da coação.

O emprego da coação como ferramenta para levar a cabo uma instrumentalização eficaz não pode ser, em si mesma, acidental ou fortuita, nem sequer culposa. Dessa forma, a instrumentalização certamente denota uma elevada carga de intencionalidade por parte do homem de trás, sem embargo, inclusive quando a atuação do homem de trás se dirige à realização dolosa de um delito – normalmente de perigo – pode que se produza um resultado culposo diferente do que havia sido inicialmente planejado, e que deva responder por este, a título de autor mediato.

Imaginemos, por exemplo, que um taxista é ameaçado por um assaltante armado, que lhe obriga a conduzir de noite, pelo subúrbio da cidade, com as luzes do veículo apagadas, com o objetivo de fugir com o botim alcançado depois de roubar em uma joalheria. Imaginemos que no trajeto o taxista, que conduz com reduzida visibilidade, não adverte a presença do pedestre que havia começado a cruzar pelo passo de zebra e o atropela, causando-lhe uma grave lesão corporal. Neste exemplo, o assaltante responde como autor mediato do delito de lesão corporal culposa através de um instrumento que atua submetido em um estado de necessidade coativo, provocado pelo homem de trás. E isso porque o risco proibido criado através da conduta determinada ao instrumento é, precisamente, o que se realiza no resultado de lesão corporal culposa. Neste caso, pode-se observar ademais, claramente, que a consciência da situação de preponderância e a vontade de instrumentalizar do homem de trás (que obriga o taxista a fazer o que lhe é ordenado mediante o uso da ameaça) não implicam, necessariamente, a presença de dolo em relação ao resultado produzido (lesão corporal do pedestre).

Outro aspecto relevante neste grupo de casos é que a instrumentalização através de uma situação de necessidade coativa não requer, necessariamente, que o homem de trás a provoque, pelo contrário (e por esse motivo adotamos essa denominação e não a mais utilizada de instrumentalização através da coação), também cabe autoria mediata quando o homem de trás se aproveita de uma situação de necessidade já existente.

Imaginemos, por exemplo, que um trabalhador estrangeiro recebe desde o seu país de origem a ameaça de que um familiar seu será torturado até a morte se não envia uma grande soma de dinheiro a uma determinada conta bancária. Imaginemos que o empresário, ciente da situação de necessidade do seu empregado, aproveita-se dessa circunstância para determiná-lo a realizar, em troca da elevada soma de dinheiro, uma conduta perigosa, como o transporte terrestre de barris carregados de substâncias corrosivas contrabandeadas, sem cumprir com as normas de segurança necessárias. Suponhamos que no trajeto se produz um acidente – o pneu do caminhão que transportava os barris explode – dispersando o conteúdo corrosivo pela estrada e causando danos em dois veículos, e queimaduras graves em dois condutores. Neste caso, o homem de trás que determina a realização da conduta perigosa deverá responder como autor mediato, tanto do delito doloso de perigo do art. 348.1 do CP/1995,[34] como dos delitos de danos culposos do art. 267[35] e de lesões corporais culposas do art. 152 do CP/1995,[36] de acordo com as regras do concurso formal. E isso porque o homem de trás afetou a autonomia do instrumento, aproveitan-

34. "Los que en la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos, contravinieran las normas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a doce años. Las mismas penas se impondrán a quien, de forma ilegal, produzca, importe, exporte, comercialice o utilice sustancias destructoras del ozono."

35. "Los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros, serán castigados con la pena de multa de tres a nueve meses, atendiendo a la importancia de los mismos."

36. "1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado:
1.º Con la pena de prisión de tres a seis meses, si se tratare de las lesiones del artículo 147.1.
2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149.

do-se de sua situação de necessidade, e porque o risco proibido criado através da conduta ativa determinada ao instrumento é, justamente, o que se realizou nos múltiplos resultados culposos.

Como colocamos de manifesto anteriormente, o grau de influência que deve exercer o homem de trás sobre o agente imediato, para considerá-lo como instrumento, não requer a eliminação da responsabilidade penal deste. De maneira que neste grupo de casos defendemos a possibilidade de caracterizar a autoria mediata do homem de trás – sem necessidade de acudir à figura do autor detrás do autor – tanto nos casos em que a conduta do agente imediato em situação de necessidade coativa resulta atípica, justificada ou exculpada, como nos casos em que se veja suficientemente afetada como para repercutir – em virtude da apreciação de uma causa de justificação ou de exclusão de culpabilidade incompleta, ou em virtude de um erro de tipo ou de proibição vencível – na medição da pena, atenuando-a.

Em relação ao segundo dos grupos de casos propostos, a instrumentalização através de uma situação de erro, o aspecto decisivo é que, devido à determinação do homem de trás, o agente imediato atue sem a correta representação das circunstâncias objetivas em que se desenvolve sua conduta (erro de tipo), ou sem conhecimento exato do significado jurídico de sua atuação (erro de proibição).

Assim, imaginemos, por exemplo, o caso em que José, militar da reserva e colecionador, e seu amigo Pablo encontram de passeio pelo campo um artefato explosivo da época da guerra civil espanhola. Suponhamos que José, sem ter conhecimentos específicos sobre os explosivos desta época, convence a Pablo, induzindo-lhe a erro sobre a ausência de riscos de uma eventual detonação e mentindo-lhe sobre suas verdadeiras intenções, para que juntos recolham o artefato para logo vendê-lo e conseguir algum proveito econômico. Pablo crê nos argumentos de José e realiza o traslado do artefato ao veículo onde se encontra Joaquim. Depois de depositar o artefato explosivo no veículo, se aciona o me-

---

3.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150.

2. Cuando los hechos referidos en este artículo se hayan cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas por término de uno a cuatro años.

3. Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años."

canismo de detonação e dito artefato explode causando a morte de Joaquim. Nesse caso, entendemos que José manipulou conscientemente ao seu amigo, Pablo, para lograr com a sua ajuda realizar uma conduta perigosa. Apesar de que ambos atuaram de forma imprudente em relação a um eventual resultado de lesão ou morte que poderia produzir-se, a manipulação de José foi decisiva para que Pablo atuasse submetido a erro sobre a perigosidade de sua própria conduta. E, portanto, José deve responder na qualidade de autor mediato do delito de homicídio culposo, com independência de que Pablo também possa ser em alguma medida responsabilizado.

Outro exemplo seria o caso em que "A" engana o taxista "B", indicando-lhe que está sofrendo um infarto, e lhe solicita auxilio pedindo que lhe leve a toda velocidade ao hospital mais próximo, quando em realidade "A" não quer chegar tarde ao seu posto de trabalho no hospital. "B", acreditando que "A" está a ponto de morrer, considera uma perda de tempo chamar a uma ambulância, e conduz a toda velocidade em direção ao hospital superando o limite de velocidade permitido. No trajeto, "B" não se dá conta dos sinais de tráfico e atropela a uma pessoa que cruzava a rua pelo passo de zebra, provocando-lhe lesões corporais graves.

Tal como entendemos, no exemplo formulado "A" deve responder na qualidade de autor mediato pelas lesões produzidas ao pedestre de maneira não planificada, posto que ditas lesões representam a realização do risco proibido criado através da instrumentalização de "B". E isso com independência de que "B" também possa ser responsabilizado por dito delito com uma pena atenuada, uma vez que se constate a vencibilidade do erro de proibição – de fato, se "B" houvesse chamado a uma ambulância seguramente os sanitários se haveriam dado conta de que "A" não estava a ponto de morrer.

Por outro lado, apesar de que a maioria dos casos de instrumentalização através do erro se identifica, sob o ponto de vista do instrumento, na apreciação de um erro de tipo ou de proibição, também cabe apreciar autoria mediata quando o homem de trás utiliza conscientemente artifícios para mascarar dados objetivos da realidade, ou para tergiversar o significado jurídico de um fato, com a finalidade de conseguir que outra pessoa atue, conduzindo ao agente imediato a atuar de forma justificada. Assim, por exemplo, pode suceder que um agente de polícia atue prendendo a um homem no cumprimento do dever, depois de receber a denuncia de sua esposa que lhe acusa falsamente de maus tratos. Nesse âmbito o mais comum é que, atuando o instrumento de forma justificada em virtude da influência decisiva do homem de trás, a conduta deste esteja dirigida a um resultado doloso. Entretanto cabe a possibilidade de caracterizar a autoria mediata de um delito culposo quando a conduta

levada a cabo pelo agente imediato (o agente de polícia que atua justificadamente) gere um resultado culposo não planificado, objetivamente imputável ao homem de trás (neste caso a esposa que presta a falsa denuncia de maus tratos), como pode ser o caso, por exemplo, se depois da detenção do suposto marido agressor, este sofresse, por causa de seu estado de saúde conhecido pela denunciante, mas não advertido à autoridade policial, um enfarte, falecendo nas dependências policiais.

Também podem chegar a constituir autoria mediata através de um instrumento que atua justificadamente os casos em que o homem de trás utilize o engano para colocar ao instrumento em uma inexistente situação de necessidade não coativa que, sem embargo, se apresente para este, desde a perspectiva objetiva *ex ante*, como real, dando lugar, não a um erro de proibição invencível, mas sim, excepcionalmente, à apreciação da correspondente causa de justificação de estado de necessidade ou legítima defesa.

Certamente estes casos constituem uma hipótese remota, de difícil, mas não impossível aparição prática. Imaginemos, por exemplo, que "A" e "B", amigos, estão de brincadeira, fingindo uma briga. Imaginemos que neste momento uma terceira pessoa, "C", aparece na esquina e "A", para seguir a brincadeira e dar um susto em "B", começa a gritar pedindo ajuda à "C". E imaginemos que "C" (sob cuja perspectiva a agressão a "A" é iminente) se lança sobre "B" para apartá-lo e imobilizá-lo, caindo "B" ao chão onde recebe um forte golpe na cabeça ao chocar com a borda do calçamento, falecendo em poucos minutos. Neste caso, – com independência de que a conduta de "C" se considere isenta de responsabilidade pela existência de um erro de proibição invencível, ou que se considere justificada por legítima defensa de terceiros, como nos parece mais correto dada a apreciação razoável *ex ante* da situação – o homicídio culposo será imputável a "A", como autor mediato, por haver criado a situação de erro e haver determinado dessa forma ao instrumento "C" a realizar a conduta arriscada que provocou o resultado morte.

Recapitulando todo o visto até agora, a autoria mediata somente é possível nos casos de instrumentalização através da criação ou aproveitamento de uma situação de necessidade ou de uma situação de erro. E isso também se aplica aos casos em que o agente imediato é um menor ou um inimputável o semi-imputável. Com efeito, a pesar de que estes casos possam apresentar certas especificidades, como, por exemplo, uma maior facilidade para induzí-los a uma situação de erro como consequência de sua imaturidade ou deficiência, será necessário valorar, igualmente, em cada caso se o homem de trás lhes determinou ou não a atuar em virtude de uma situação de necessidade coativa, ou em

virtude de uma compreensão errada da realidade ou do significado jurídico do seu comportamento.[37]

7. LIMITES DA AUTORIA MEDIATA EM CASOS ESPECÍFICOS

Estabelecidas as características e requisitos genéricos da autoria mediata que permitem a sua aplicabilidade no âmbito dos delitos culposos, consideramos conveniente dedicar atenção à análise de uma série de casos que merecem um tratamento específico, com vistas a uma melhor e mais ajustada delimitação desta forma de autoria. Referimos-nos, por um lado, à distinção entre os casos de autoria mediata com instrumento-vítima e os casos de autoexposição ao perigo, e, por outro lado, à distinção entre autoria mediata e autoria direta em comissão por omissão[38].

7.1 Autoria mediata com instrumento-vítima versus *autoexposição ao perigo*

No que diz respeito à delimitação da autoria mediata com instrumento-vítima em relação aos casos de autoexposição ao perigo, em nossa opinião, somente tem sentido atribuir responsabilidade penal ao terceiro que intervém numa conduta arriscada da própria vítima, e que é perigosa para sua própria integridade física ou vida, quando aquela, na qualidade de titular destes bens jurídicos, não possa ser considerada como autora do resultado de lesão corporal ou de morte produzidos.[39] Ou seja, nos casos em que não estejam presentes os elementos de uma verdadeira autoexposição ao perigo, porque o resultado

37. A exposição detalhada das características e requisitos genéricos da autoria mediata, que no texto nos referimos de maneira resumida, pode ver-se no capítulo V, terceira parte, da tese doutoral La autoría mediata en los delitos imprudentes, 2010.

38. A exposição detalhada dos dois grupos de casos que requerem uma análise específica para alcançar uma delimitação mais ajustada da autoria mediata no âmbito dos delitos culposos, pode ver-se no capítulo VI, terceira parte, da tese doutoral La autoría mediata en los delitos imprudentes, 2010.

39. A este respeito, adotamos a classificação utilizada por GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *La puesta en peligro de la vida y - o integridad física asumida voluntariamente por su titular*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999. p. 36 e ss., 101 e ss., para a sistematização dos casos em que a intervenção da vítima é relevante a efeitos de imputação, diferenciando dos casos em que, apesar da participação da própria vítima, um terceiro deve ser responsabilizado pelo resultado típico produzido. Sobre este tema, mas com uma base metodológica distinta, confira CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., p. 46 e ss., 349-350.

deva ser imputado justamente ao terceiro que intervém na qualidade de autor dos delitos de lesão corporal ou de homicídio culposo que pode ser realizado de forma mediata através da instrumentalização da vítima, nos termos estabelecidos neste trabalho.

Este mesmo raciocínio pode ser aplicado, tanto nos casos de intervenção na autolesão da integridade física da vítima, com um resultado de lesão mais grave do que fora planificado, como nos casos de intervenção na autolesão com um resultado de morte culposo. De tal forma que, somente será possível castigar ao sujeito que intervém junto ao titular dos bens jurídicos afetados, na medida em que o resultado mais grave culposo possa ser àquele imputado a título de autoria. Podendo ser, então, responsabilizado como autor mediato pelo delito de lesão corporal ou de homicídio culposo quando utiliza à própria vítima como instrumento, ou seja, nos casos em que a vítima não atua de forma livre e autônoma, e se autolesiona causando a si mesma uma lesão corporal mais grave do que fora inicialmente planejado, ou a sua própria morte, de forma não planificada, por determinação do homem de trás.

Sem embargo, para que o resultado típico culposo que deriva da conduta levada a cabo pela própria vítima possa ser visto como a realização mediata de um delito pelo homem de trás, é preciso demonstrar que a conduta da vítima coincide, precisamente, com o que lhe foi determinado pelo homem de trás. Com isso queremos dizer que o sentido instrumental da provocação ou do aproveitamento do *déficit* pessoal da vítima deve estar dirigido a que a vítima leve a cabo uma concreta conduta perigosa – aquela que lhe seja determinada pelo homem de trás – e que afeta seus próprios bens jurídicos.

E isso porque, como indicamos ao longo deste trabalho, não consideramos admissível uma instrumentalização fortuita ou acidental, nem que sejam imputados ao homem de trás, a título de autoria, os resultados que não têm relação direta com a criação do risco proibido ao que este dá lugar instrumentalizando.

7.2 Autoria mediata versus *autoria direta em comissão por omissão*

Em relação à segunda delimitação proposta, entre autoria mediata e autoria direta em comissão por omissão nos delitos culposos, em nossa opinião dois aspectos fundamentais devem ser levados em consideração para este fim: em primeiro lugar, é necessário diferenciar entre a infração do dever de cuidado e a infração do dever de garantia a efeitos de imputação de um resultado típico culposo. Pois, tal como entendemos, nem toda atuação culposa precedente deriva na obrigação de controlar o risco ou no dever de evitar que se produza

um resultado típico. Ou seja, a infração do dever de cuidado que caracteriza aos delitos culposos não constitui, propriamente, o fundamento da atribuição de responsabilidade em comissão por omissão (não fundamenta isoladamente uma posição de garantia, nem a imputação do resultado em base à ideia de ingerência).[40]

Em segundo lugar, é preciso adotar um conceito restritivo de autor também para os delitos cometidos em comissão por omissão. Com efeito, partindo de uma equiparação restritiva entre omissão e comissão ativa, viabiliza-se uma consideração restritiva acerca da qualidade das intervenções em comissão por omissão, possibilitando também aqui uma diferenciação entre condutas de autoria e condutas de participação.[41]

Dessa forma pretendemos evidenciar que, em nossa opinião, nem mesmo os delitos culposos de resultado realizados em comissão por omissão devem ser tratados, desde uma perspectiva estritamente normativa, como delitos de

---

40. A relevância dessa delimitação pode ser entendida se levamos em consideração o seguinte: deduzir da culpa precedente – em toda criação de um risco proibido ou em toda infração de um dever de cuidado – a existência de um dever de garantia – dever de evitar um resultado típico através de uma ação de salvamento –, tem o inconveniente de que em poucos casos teremos claro de antemão os limites deste último dever, ou seja, de até que ponto o autor da conduta culposa está obrigado a atuar para evitar que, depois da criação de um risco proibido, se realize(m) um (ou vários) resultado(s) típico(s). Em verdade, desde uma perspectiva tão ampla, toda atuação culposa daria lugar à imputação de resultados posteriores, não só aquele que estivesse diretamente vinculado a uma comissão ativa, segundo os critérios de imputação objetiva, mas também os que pudessem derivar da fórmula da comissão por omissão com base na ideia de ingerência, com a consequente ampliação da punibilidade. Este tipo de ampliação pode ver-se claramente na obra de SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. Op. cit., p. 279 e ss. A este respeito estamos de acordo, por exemplo, com GÓMEZ RIVERO, Carmen. *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008. p. 361-364, 459 e ss., quando diferencia os casos de imputação do resultado à conduta imprudente realizada em comissão ativa, dos casos em que, depois de uma atuação precedente culposa é possível fundamentar a imputação do resultado em comissão por omissão, em virtude da posição de garantia do médico. Também estamos de acordo com ROMEO CASABONA, Carlos María. Op. cit., p. 12, quando defende que "el núcleo del ámbito omisivo imprudente consistiría en la no representación o en la errónea representación evitables de los presupuestos típicos del deber de actuar".

41. A este respeito confiram SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997. p. 76-77; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. Op. cit., p. 332 e ss.; CEREZO MIR, José. Op. cit. p. 1106-1107; GÓMEZ RIVERO, Carmen, *La responsabilidad...* cit., p. 490-495; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Madrid: Iustel, 2009. p. 116-117, 168 e ss.

infração de dever.[42] Nesta linha, não estamos de acordo com que o critério de autoria neste âmbito seja a existência do dever de evitar o resultado, nem que os intervenientes que ostentem uma posição de garantia devam ser imputados sempre a título de autor. Postura que consideramos compatível com a interpretação, tanto do art. 11 do CP/1995,[43] como do art. 13, § 2.°, do CP, e aplicável tanto aos delitos dolosos como aos delitos culposos.

A vantagem de adotar esta postura está na possibilidade de evitar excessos de punibilidade no âmbito dos delitos culposos, proporcionando uma valoração equilibrada das condutas culposas, seja ela ativa ou omissiva. Além disso, proporciona um entendimento mais adequado dos limites que existem entre a autoria mediata e a autoria direta em comissão por omissão, uma vez que damos por válida a possibilidade de diferenciar entre autoria e participação no âmbito da responsabilidade em comissão por omissão.

Cabe matizar, sem embargo, que a delimitação que aqui se propõe está orientada a um marco concreto, especificamente aos casos em que possa haver uma intersecção entre autoria mediata e autoria direta em comissão por omissão, ou seja, quando a relação entre os intervenientes se produz no âmbito do trabalho organizado, através da divisão de atribuições e responsabilidades que se regem pelo princípio de confiança,[44] como sucede, por exemplo, no marco

42. Pois desde a perspectiva dos delitos de infração de dever somente cabe falar de autoria como forma de intervenção em comissão por omissão, sem a possibilidade dogmática nem axiológica de estruturar formas de participação *stricto sensu* por omissão, conforme KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. de la segunda edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 297-308. De maneira similar, ROXIN, Claus. *Autoría*... cit., p. 401, 498 e ss.

43. "Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a. Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b. Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente."

44. Em nossa opinião, o princípio de confiança serve de referente para a valoração de se a conduta de um determinado sujeito se ajusta ou não a uma medida de cuidado necessária quando, no momento de atuar, este sujeito devia levar em consideração a participação de outras pessoas. Esta medida de cuidado não se confunde, sem embargo, necessariamente, com o dever de evitar que um resultado típico se produza, porque este dever somente será exigível dentro de uns limites ao sujeito que desde um princípio ocupe uma posição de garantia. Neste sentido, o princípio de confiança

da atividade médica, da atividade empresarial, das relações de trabalho dentro do setor da construção etc.[45]

Referimo-nos aos casos em que, desde um princípio, o homem de trás atua ocupando uma posição formal de mando e preponderância na toma de decisões. E isso porque quando o homem de trás atua, no âmbito do reparto de responsabilidades em que mediam funções de garantia, ocupando uma posição preponderante na toma de decisões, nem sempre responde como autor quando infringe o cumprimento de um dever de garantia, pois também pode dar-se o caso de que sua omissão se equipare, a efeitos de imputação, a uma conduta de participação.[46]

---

opera efeitos no âmbito da tipicidade, trate-se ou não de uma conduta realizada por um sujeito obrigado em virtude de deveres de garantia. Cabe, entretanto, matizar que quando estamos diante de um garante os efeitos do princípio de confiança na delimitação do dever de cuidado serão distintos. Visto isoladamente, o princípio de confiança nos servirá, portanto, de critério na determinação do dever de cuidado uma vez que o sujeito tem ao seu alcance a cognoscibilidade dos fatores de risco. Os limites, o conteúdo e o alcance desse dever (no âmbito da tipicidade) dependerão, no caso concreto, da posição do sujeito cujo comportamento se valora em relação aos demais, concretamente se exerce, ou não, uma função de garantia para a proteção de determinados bens jurídicos, ou de asseguramento de que uma fonte de perigo não provoque danos aos demais. A este respeito confira FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Trad. de la edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 202 e ss.; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Op. cit., p. 157 e ss.; MARAVER GÓMEZ, Mario. *El principio*... cit., p. 288 e ss., p. 368 e ss.

45. Sobre a delegação de funções e organização do trabalho no âmbito da atividade construtora, confira MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998. p. 193-216. Sobre a responsabilidade por omissão do empresário, em termos genéricos, confira NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. *Responsabilidad penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, pp. 188 e ss.; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Op. cit., p. 126 e ss. No âmbito da atividade médica confira GÓMEZ RIVERO, Carmen. *La responsabilidad*... cit., p. 429-430, 433 e ss. Para o estudo dos limites subjacentes ao procedimento de delegação de funções nos distintos setores do trabalho organizado ou em equipe, confira, entre outros, ARROYO ZAPATERO, Luis. *Manual de derecho penal del trabajo*. Madrid-Barcelona: Praxis, 1988. p. 72 e ss.; JORGE BARREIRO, Agustín. Op. cit., pp. 114 e ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*. Madrid: Civitas, 1994. p. 231 e ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Medicinas alternativas e imprudencia médica*. Barcelona: Bosch, 1999. p. 31 e ss.; RODRÍGUEZ MESA, María José. *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 130 e ss.

46. Nessa linha de entendimento se manifestam, entre outros, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español. In:

Neste sentido, inclusive quando o sujeito que detém a posição preponderante na toma de decisões seja um garante, é possível distinguir a omissão equiparável a autoria em comissão ativa, da omissão equiparável à participação em comissão ativa.

Para a caracterização da autoria mediata no âmbito do trabalho organizado será necessário valorar, com base na divisão de responsabilidades e na relação de confiança que se estabelece entre os sujeitos implicados se, por um lado, o homem de trás atua ocupando uma posição que lhe outorga poder de decisão sobre a realização da conduta perigosa, preponderante em comparação com o agente imediato, e, por outro lado, se este último, respeitando a divisão de responsabilidades, confia em que a execução do fato se enquadra no âmbito da atividade lícita do setor em que participa.

Dessa forma, consideramos possível que um sujeito que ocupa uma posição de poder na toma de decisões atue de forma culposa, determinando a realização de uma conduta perigosa com infração do dever de cuidado, e aquele que a executa, tendo a possibilidade de dar-se conta do erro, confie na licitude da ordem recebida, na medida em que esta se enquadre no âmbito da atividade em princípio lícita do setor em que participa. Podendo suceder, portanto, que ambos atuem de maneira culposa, com a cognoscibilidade do risco proibido que, em função das distintas posições de cada um dos sujeitos, projeta-se com um alcance distinto.

Assim sucederia, por exemplo, quando o médico estabelece o diagnóstico de um paciente, prescrevendo-lhe um específico tratamento farmacológico, que depois é ministrado pela enfermeira, e o paciente sofre uma forte reação

---

_____ (ed. español); Schnemann, Bernd; Dias, José de Figueiredo (coord.) *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro-homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1995. p. 369-371; Silva Sánchez, Jesús-María. Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas. In: Bacigalupo Zapater, Enrique (dir.) *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*. Madrid: Consejo general del Poder Judicial, 1997. p. 11-47; Pérez Cepeda, Ana Isabel. *La responsabilidad de los administradores de sociedades. Criterios de atribución*. Barcelona: Cedecs, 1997. p. 65 e ss., 168 e ss.; Pérez Cepeda, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*. n. 9. p. 106 e ss. Barcelona: Praxis, 2002. Em sentido contrário, Roxin, Claus. El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata. Trad. Justa Gómez Navajas. *Revista Penal*. n. 18. p. 242-248. Barcelona: Praxis, 2006; Roxin, Claus. Dirección de la organización como autoría mediata. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. n. 62. p. 51-65. Madrid: Ministerio de Justicia: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2009, defende a aplicação da teoria dos delitos de infração de dever.

alérgica e permanece cinco dias na UCI para se recuperar, porque o médico, depois de uma larga jornada de trabalho, esquece de perguntar se o paciente tinha alergia a algum tipo de medicamento. Nesse exemplo, apesar de o médico não ser consciente do risco proibido produzido (atua com culpa inconsciente), nem utilizar conscientemente artifícios para encobrir dados objetivos da realidade (não provoca nem se aproveita intencionalmente do erro do outro), realiza uma atuação através de uma terceira pessoa, a enfermeira (neste caso instrumentalizada submetida a um erro de tipo invencível), que é determinante da afetação da saúde do paciente.

Esta específica forma de instrumentalização no âmbito do trabalho organizado manifesta, neste sentido, certo grau de semelhança, enquanto aos efeitos que produz no agente imediato, aos casos de instrumentalização através do erro. Sem embargo, possui um caráter distinto no que se refere à atuação do homem de trás, pois este, desde o princípio, parte de uma posição de preponderância, de tal modo que é aqui onde se pode constatar com maior intensidade que a autoria mediata não depende sempre da existência, no momento dos fatos, de um desnível cognoscitivo entre os intervenientes.

O interesse na delimitação dos casos que podem chegar a ser caracterizados, neste âmbito, como autoria mediata se justifica porque, em nossa opinião, carece de sentido equiparar uma conduta omissiva a uma conduta ativa de instrumentalização. Isto é, apesar de que defendamos tanto a adoção de um sistema restritivo de autor no âmbito dos delitos cometidos em comissão por omissão (inclusive delitos culposos), como a possibilidade de distinguir a omissão equiparável a autoria em comissão ativa da omissão equiparável à participação em comissão ativa, entendemos que não cabe a possibilidade de autoria mediata em comissão por omissão. Esse posicionamento se sustenta, em linhas gerais, com o seguinte argumento: se o garante de atuar como barreira de contenção omite a ação esperada, esta omissão é equiparável justamente à ação direta de autoria em comissão ativa, de maneira que não é necessário recorrer à figura da autoria mediata.[47] E essa delimitação é importante para entender o alcance da punibilidade quando intervêm terceiras pessoas no fato.

47. Confira, entre outros, HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. Op. cit., p. 347-350. Também SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Medicinas alternativas*... cit., p. 36-37, diferencia a autoria mediata da comissão por omissão. Estamos plenamente de acordo com as conclusões que alcança RODRÍGUEZ MESA, María José, a este respeito quando defende que: "ha de negarse la posibilidad de admitir autoría mediata en comisión por omisión. Pero no por una cuestión de incompatibilidad o imposibilidad dogmática, sino por una cuestión eminentemente práctica: el no impedir, por el garante, que un tercero cometa un

8. CONCLUSÃO

Em resumo, neste artigo tentamos configurar as bases que possibilitem a admissibilidade da autoria mediata nos delitos culposos, estabelecendo aquilo que entendemos devem ser seus requisitos gerais e delimitando esta forma de autoria em relação a outras figuras, permitindo assim dar uma solução adequada aos casos em que o homem de trás realiza, através de uma instrumentalização eficaz, uma conduta perigosa com infração do dever de cuidado.

Esta forma de autoria se apresenta, portanto, com uma fundamentação e estrutura uniforme, tanto para os delitos dolosos como para os culposos, sem que se confunda o elemento subjetivo do tipo com os elementos necessários para valorar a relação entre o homem de trás e o instrumento, e isso com independência de que, na prática, a autoria mediata de um delito culposo tenha um âmbito de aplicação mais limitado, em virtude do número reduzido de delitos que tipificam a realização do tipo objetivo de forma culposa (excepcionalidade do crime culposo).

Tudo isso – e agora concluímos – com o propósito de alcançar uma valoração mais adequada das formas de intervenção no delito culposo, capaz de evitar, por um lado, significativas lacunas de punibilidade e, por outro, excessos punitivos a que poderia conduzir soluções formuladas através da excessiva normatização das categorias jurídicas.

---

delito será constitutivo de autoría – en todo caso inmediata – cuando el sujeto se haya comprometido a evitar el riesgo que de la actuación de un tercero pueda derivarse para el bien jurídico en cuestión. Cuando por el contrario, el omitente no se haya comprometido – o su compromiso no vaya referido a las actuaciones de terceros- su intervención, al faltar el dominio sobre el hecho principal lesivo, podrá ser constitutiva de participación, pero en modo alguno de autoría, ni inmediata ni mediata" (Op. cit., p. 179-180). Com uma postura diferente, GÓMEZ RIVERO, Carmen, admite a autoria mediata em comissão por omissão (*La responsabilidad...* cit., p. 421-422, 492-493). Essa última proposta, entretanto, não nos parece acertada quando se parte da base de que a autoria mediata se fundamenta em uma relação de instrumentalização na qual o homem de trás determina o agente imediato à execução de uma conduta arriscada, porque neste caso saímos do âmbito da omissão para entrar no marco de uma determinação ativa do fato ao instrumento.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A culpabilidade como requisito do crime, de Ângelo Roberto Ilha da Silva – *RCP* 5/231;
- Autoria e participação delitiva: da teoria do domínio do fato à teoria da imputação objetiva, de Guilherme Guimarães Feliciano – *RT* 839/462;
- Co-autoria em delitos culposos?, de Humberto Souza Santos – *RBCCrim* 56/9; e
- Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico-penal" de Roxin, de Luís Greco – *RBCCrim* 32/120.

- A reforma penal na prática forense, de Manoel Pedro Pimentel, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, coordenada por Silva Franco Nucci, São Paulo, Ed. RT, 2010, vol. 2, p. 1039.

60316

Os desafios postos pelo direito europeu à defesa penal na Alemanha – Uma perspectiva brasileira

6

The challenges of European law to criminal defense in Germany – A Brazilian perspective

Sabine Gless

Doutora em Direito pela Rheinischen Friedrich-Wilhelms Universität Bonn, Alemanha. Professora de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Basel, Suíça.

Traduzido e complementado por Luciana Goulart Quinto

Mestre em Direito pela Universidade de Basel, Suíça. Especialista em Direito Internacional e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil.

Área do Direito: Internacional; Penal

Resumo: A cooperação transnacional em matéria penal e a aplicação da lei de forma transfronteiriça têm se intensificado nas últimas décadas. Será que a defesa penal sofre com a aproximação dos sistemas de justiça criminal? Esta questão tem sido discutida entre acadêmicos e profissionais do Direito, especialmente na União Europeia. O artigo a seguir apresenta a situação da defesa penal na Europa a partir de uma perspectiva alemã com base em uma breve análise da jurisprudência relevante dos tribunais europeus, ou seja, o TEDH e o TJUE, bem como de alguns novos instrumentos jurídicos europeus. Depois de fornecer informações preliminares sobre as instituições europeias e disposições legais

Abstract: Transnational cooperation in criminal matters and cross-border law enforcement has intensified during the last decades. Does criminal defense suffer from the approximation of criminal justice systems? This question has been discussed among scholars and practitioners especially in the European Union. The following article presents the situation of the criminal defense in Europe from a German perspective based on a short analysis of relevant jurisprudence of European Courts, namely the ECtHR and the CJEU, as well as some new European legal instruments. After giving some brief information about European institutions and relevant legal provisions, the article addresses possible benefits

aplicáveis, o artigo aborda possíveis benefícios da jurisprudência do TEDH, de dispositivos da Convenção de Schengen, bem como da jurisprudência do TJUE para a defesa penal. Embora haja indiscutivelmente déficits enfrentados pela defesa penal no que tange à cooperação transfronteiriça, a europeização da justiça penal não é um assunto completamente unilateral. Um dos principais desafios a partir da entrada em vigor do Tratado de Lisboa é desenvolver, no âmbito Estados-membros da UE uma defesa penal nacional, mas alinhada com os desenvolvimentos da UE e as suas vantagens. Somente assim seria possível garantir a longo prazo uma paridade de armas entre defesa e persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: União Europeia – Defesa penal – Direitos de defesa – Legislação europeia – Jurisprudência europeia.

of ECtHR case law, regulations of the Schengen Convention as well as jurisprudence of the CJEU for criminal defense. Although there are undisputedly deficits faced by criminal defense with regard to cross-border cooperation, the Europeanization of criminal justice is not a completely one-sided affair. One of the main challenges when bringing the Lisbon Treaty to force is to develop within EU Member-States a nationally established criminal defense, but in line with EU developments and its advantages. Only such catching-up will guarantee parity of arms between criminal defense and prosecution in the long run.

KEYWORDS: European Union – Criminal defense – Defense rights – European legislation – European jurisprudence.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Instrumentos legais e instituições relevantes: 2.1 Instrumentos legais: 2.1.1 A CEDH e a Carta da UE; 2.1.2 O Acordo e a Convenção de Schengen; 2.1.3 O Tratado de Lisboa; 2.2 Instituições: 2.2.1 O TEDH; 2.2.2 O TJUE; 2.2.3 A Comissão Europeia; 2.3 O estabelecimento de um sistema de Direitos Humanos na América Latina – 3. Os benefícios decorrentes da legislação e da jurisprudência europeias: 3.1 A CEDH e o TEDH: 3.1.1 O uso de eméticos; 3.1.2 O direito de consultar os autos; 3.1.3 A utilização de testemunhos anônimos; 3.1.4 Conclusão parcial; 3.2 O Direito da UE e a jurisprudência do TJUE: 3.2.1 A não punibilidade resultante das liberdades fundamentais; 3.2.2 O art. 54 da CAAS; 3.2.3 Os direitos da defesa como expressão dos princípios gerais do direito; 3.2.4 Conclusão parcial – 4. Os *déficits* da legislação e da jurisprudência europeias para a defesa em processo penal na Europa: 4.1 Os instrumentos jurídicos da UE relativos ao direito penal e processual penal; 4.2 Os serviços centrais de persecução penal; 4.3 Os instrumentos de reconhecimento mútuo; 4.4 Conclusão parcial – 5. A estratégia após o Tratado de Lisboa: 5.1 Reivindicação de direitos em Luxemburgo?: 5.1.1 *Remedy*: a execução dos direitos de defesa; 5.1.2 *Right*: qual o conteúdo *in concreto* de tais direitos de defesa?; 5.2 A responsabilidade do legislador europeu – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas: 7.1 Literatura jurídica; 7.2 Legislação; 7.3 Casos; 7.4 Outros.

1. INTRODUÇÃO

A Europa é um desafio[1] *– em muitos aspectos, para diferentes pessoas, ao longo dos anos... Já os Deuses do Olimpo o tinham percebido há bastante tempo. Zeus*

1. O presente texto tem por base o estudo "Europa – eine Herausforderung für die Strafverteidigung", (*StV* 2010, p. 400-407), publicado também na *Revista Portugue-*

precisou utilizar um touro para raptar Europa e então, com astúcia, protegê-la da atenção de sua ciumenta esposa Hera. Quem pega a Europa para si, desafia o destino. A Europa confunde – não apenas Zeus. A Europa assusta – não apenas Hera.

Dois anos após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, é tempo de realizar uma análise retrospectiva: O que significa a Europa para a defesa em processo penal? Quando a Europa lhe traz benefícios? Quando a Europa lhe causa danos? Além disso, é também necessário olhar para frente: no que a Europa contribuirá ainda no futuro para a defesa penal?

2. INSTRUMENTOS LEGAIS E INSTITUIÇÕES RELEVANTES

Algumas informações preliminares sobre instrumentos legais e instituições atualmente existentes na Europa podem ser úteis para ajudar a compreender o funcionamento da União Europeia.

2.1 Instrumentos legais

2.1.1 A CEDH e a Carta da UE

Dois instrumentos europeus relativos a direitos humanos e fundamentais merecem destaque: a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta da UE). A primeira foi adotada pelo Conselho da Europa em 04.11.1950 e entrou em vigor em 1953. Esta Convenção instituiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos TEDH a fim de assegurar o controle do respeito efetivo dos direitos e liberdades previstos neste instrumento legal.[2] O Conselho Conselho da Europa é um fórum composto por diversos países, de Israel a Rússia, de Estônia a Itália. O segundo instrumento legal foi proclamado pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 07.12.2000 e entrou em vigor com o Tratado de Lisboa em 2009. A Carta integra o quadro-jurídico da UE e reúne em um único documento todos os direitos decorrentes das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-membros que se encontravam dispersos em outros instrumentos legais.[3]

---

sa de Ciência Criminal 21, nº 3 (2011), com tradução de Luciana Goulart Quinto, a qual acrescentou, no presente artigo, uma parte introdutória para publicação no Brasil.

2. Art. 19 da CEDH.

3. Preâmbulo da Carta da UE.

2.1.2 O Acordo e a Convenção de Schengen

O Acordo de Schengen, assinado em 14.06.1985, possibilitou a supressão gradual de controles de pessoas nas fronteiras comuns[4] e a instauração de uma área de livre circulação para todos os nacionais dos Estados signatários, dos outros Estados da UE ou de países terceiros. Simultaneamente, de modo a garantir a segurança no Espaço Schengen, intensificou-se a cooperação judiciária e policial.[5]

A Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (CAAS), assinada em 19.06.1990 e em vigor desde 16.03.1995, complementa o Acordo e define as condições de aplicação e as garantias de realização desta livre circulação.

O Acordo e a Convenção de Schengen, assim como acordos e regras conexos constituem o "acervo de Schengen", o qual foi integrado no quadro institucional e jurídico da União Europeia em 01.05.1999 quando da entrada em vigor do Tratado de Amsterdã.[6]

Atualmente entende-se por "Espaço Schengen" a área de livre circulação de pessoas que engloba 26 países europeus: 22 Estados-membros da UE[7] além de Suíça, Noruega, Islândia e Liechtenstein.[8] Irlanda, Reino Unido, Bulgária, Chipre e Romênia aplicam apenas parcialmente o acervo de Schengen, tendo sido mantido o controle fronteiriço.

2.1.3 O Tratado de Lisboa

O Tratado de Lisboa, assinado em 13.12.2007 e em vigor desde 01.12.2009 fornece a base jurídica da União Europeia. O Tratado alterou dois instrumentos legais básicos da UE: o Tratado da União Europeia (TUE, assinado em Maastricht em 1992) e o Tratado que estabelece a Comunidade Europeia (TCE, assinado em Roma em 1957), o qual foi renomeado para Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Dentre as alterações operadas pelo

4. Art. 2 e 17 do Acordo de Schengen.
5. Art. 8, 9 e 18 do Acordo de Schengen.
6. Protocolo "Schengen", anexo ao Tratado de Amsterdã.
7. Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Holanda, Polônia, Portugal, *República* Tcheca e Suécia.
8. Estados não membros da União Europeia, mas associados ao Espaço Schengen: Noruega e Islândia desde 2006, Suíça e Liechtenstein desde 2008.

Tratado de Lisboa destacam-se as seguintes:[9] o aumento de *deliberações* por maioria qualificada no Conselho da União Europeia;[10] o aumento da participação do Parlamento Europeu no processo legislativo por intermédio da extensão do procedimento de co-decisão com o Conselho da União Europeia;[11] a abolição dos três pilares[12] e a atribuição de personalidade jurídica própria à UE;[13] a criação de um Presidente do Conselho Europeu,[14] de um Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança[15] e do Serviço europeu para a ação externa;[16] a possibilidade de criação de uma Procuradoria Europeia;[17] a expansão da competência da UE para legislar em matéria penal;[18] a atribuição de caráter juridicamente vinculativo à Carta da UE e o fornecimento de uma base legal para a adesão da UE à CEDH.[19]

2.2 Instituições

2.2.1 O TEDH

O TEDH, sediado em Estrasburgo, na França, não é – como indicado anteriormente – uma instituição da União Europeia, e sim do Conselho da Europa,[20] o qual que congrega as partes contratantes da CEDH. Instituído em 1959,[21] o Tribunal é competente para julgar recursos individuais que tenham fundamento em violação da Convenção.

---

9. Mitsilegas, EU Criminal Law, 2009, p. 36-57, 107-113, 156-159, 225-234, 272-279, 316-319.
10. Art. 16 do TUE.
11. Arts. 289, par. 1, e 294 do TFUE: processo legislativo *ordinário*.
12. Art. 1, par. 2, do TFUE. Os três pilares eram os seguintes: Comunidades Europeias (1.º pilar), Política Externa e de Segurança Comum (2.º pilar) e Cooperação policial e judiciária em matéria penal (3.º pilar).
13. Art. 47 do TUE.
14. Art. 15 do TUE.
15. Art. 18 do TUE.
16. Art. 27, par. 3, do TUE.
17. Art. 86, par. 1, do TFUE.
18. Arts. 82, par. 2, 83, par. 1 e 2, do TFUE.
19. Art. 6 do TUE.
20. Atualmente o Conselho da Europa é constituído por 47 Estados-membros, incluindo os 27 que formam a União Europeia.
21. Art. 32 da CEDH.

2.2.2 O TJUE

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), sediado em Luxemburgo, é uma das instituições da União Europeia.[22] O Tribunal tem competência para assegurar o respeito do direito na interpretação e aplicação dos tratados europeus.[23]

2.2.3 A Comissão Europeia

A Comissão Europeia, sediada em Bruxelas, na Bélgica, é o órgão executivo da União Europeia. Tradicionamente é vista como guardiã dos tratados europeus, tendo poder de iniciativa legislativa quanto à políticas europeias e de monitorar o desempenho dos Estados-membros.[24] Esse poder inclui a possibilidade de elaborar propostas legislativas em matéria penal. As diretivas, mencionadas nas partes subsequentes deste artigo, fixam os objetivos a atingir, mas deixam a cargo dos governos de cada Estado-membro a escolha da forma e dos meios para alcançá-los através de legislação nacional.[25]

2.3 O estabelecimento de um sistema de Direitos Humanos na América Latina

A promulgação da CEDH e a instituição do TEDH na Europa encorajaram anos depois a elaboração de um projeto similar na América Latina:[26] a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (PSJCR), foi adotada em 22.11.1969 em São José, na Costa Rica, pela Organização dos Estados Americanos e entrou em vigor em 19.06.1978.[27] O *conteúdo* dos direitos garantidos pelo PSJCR assemelha-se ao *conteúdo* dos direitos previstos na CEDH.[28]

---

22. A União Europeia é composta por sete instituições: Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia, Conselho Europeu, Comissão Europeia, Tribunal de Justiça da União Europeia, Tribunal de Contas Europeu e Banco Central Europeu (art. 13 do TUE).
23. Art. 19 do TUE.
24. Art. 17, par. 1, do TUE.
25. Art. 288 do TFUE.
26. TIGROUDJA; PANOUSSIS, 2003, p. 2-3.
27. De acordo com o art. 74, par. 2, do PSJCR.
28. Arts. 4-25 do PSJCR e arts. 2-18 da CEDH; A respeito do conteúdo do PSJCR: TIGROUDJA; PANOUSSIS, op. cit., p. 153-298; NOWAK, 2002, p. 214-220. A respeito do conteúdo da CEDH: WHITE; OVEY, 2010, p. 65 ss.; NOWAK, op. cit., p. 176-188.

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos baseia-se, fundamentalmente, no trabalho de dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH),[29] sediada em Washington D.C., nos Estados Unidos da América, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH),[30] sediada em São José, na Costa Rica.

Em caso de ocorrência de violação a um direito estabelecido pelo PSJCR por um Estado-parte, pode-se encaminhar uma petição à Comissão IDH, desde que as possibilidades de recurso da jurisdição interna do país em questão tenham sido esgotadas ou que tenha havido demora injustificada na apreciação de tais recursos.[31] A Comissão tem a competência para formular recomendações aos Estados-partes com vistas à reparação e não repetição dos danos causados bem como à responsabilização dos envolvidos.[32] Se tais recomendações não forem cumpridas, a Comissão pode enviar o caso à Corte IDH. A Corte, que atua como uma espécie de 2.ª instância do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos tem por finalidade interpretar o PSJCR e outros tratados de direitos humanos.[33]

O Brasil promulgou o PSJCR em 1992,[34] porém somente reconheceu a competência obrigatória da Corte IDH em 1998.[35] Desde então sofreu quatro condenações, a saber Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia"),[36] Caso Escher e outros,[37] Caso Sétimo Garibaldi[38] e Caso Ximenes Lopes,[39] por

29. Art. 34-51 do PSJCR.
30. Art. 52-69 do PSJCR.
31. Art. 44 e 46 do PSJCR.
32. Art. 51 do PSJCR.
33. Art. 1.º do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 1980.
34. Dec. 678, de 06.11.1992.
35. Decreto Legislativo 89, de 03.12.1998.
36. Sentença de 24.11.2010, envolvia detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de membros do Partido Comunista do Brasil e de camponeses, em decorrência de operações do Exército entre 1972 e 1975 para erradicar a Guerrilha do Araguaia.
37. Sentença de 06.07.2009, tratava de interceptação e monitoramento ilegal de linhas telefônicas, envolvendo integrantes do Movimento Sem Terra (MST), por violação ao direito à vida privada, à honra e à reputação, assim como ao direito à liberdade de associação.
38. Sentença de 23.09.2009; envolvia execução sumária ocorrida em 1998, quando do despejo de famílias de trabalhadores sem-terra que ocupavam uma fazenda em Querência do Norte no Paraná.
39. Sentença de 04.07.2006, envolvia maus-tratos sofridos pela vítima, portadora de transtorno mental, em clínica psiquiátrica no Ceará.

ter violado direitos previstos no PSJCR.[40] Durante o mesmo período, a Comissão IDH, por sua vez, declarou admissíveis 48 petições ajuizadas contra Brasil e emitiu 26 recomendações ao país.[41]

O cumprimento pelo governo brasileiro de recomendações emitidas pela Comissão resultou em políticas públicas e alterações legislativas relativas a crimes praticados por agentes de segurança pública,[42] crimes de tortura,[43] violação dos direitos das mulheres,[44] trabalho escravo,[45] conflitos fundiários[46] e defensores de direitos humanos.[47]

3. BENEFÍCIOS DECORRENTES DA LEGISLAÇÃO E DA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIAS

O direito europeu traz benefícios à defesa em processo penal.

3.1 A CEDH e o TEDH

Essa conclusão é hoje geralmente aceita, pelo menos no que concerne à CEDH. Quase esquecido está o tempo, em que se acreditava na Alemanha que a CEDH seria somente um "enfeite"[48] e que não conteria nada que já não estivesse garantido no Código Processual Penal ou na Constituição alemães.[49]

---

40. O Caso Nogueira de Carvalho e outro foi arquivado pela sentença de 28.11.2006.
41. Dados extraídos dos relatórios anuais publicados pela Comissão Interamericana de 1998 a 2010.
42. Caso n. 10.301 – Parque São Lucas, Relatório n. 40/2003, de 08.10.2003.
43. Caso n. 12.328 – Adolescentes custodiados pela Febem, Relatório n. 39/2002, de 09.10.2002.
44. Caso n. 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes, Relatório n. 54/2001, de 04.04.2001.
45. Caso n. 11.289 – José Pereira, Relatório n. 95/2003, de 24.10.2003.
46. Caso n. 11.517 – Diniz Bento da Silva, Relatório n. 101/2001, de 15.10.2001.
47. Caso n. 12.058 – Gilson Nogueira Carvalho, Relatório n. 61/2001, de 03.10.2000; e Caso n. 11.405 – Newton Coutinho Mendes, Relatório n. 59/1999, de 13.04.1999.
48. DANNECKER, 2000, p. 339 (342): decoração internacional ("Internationale Verzierung"); SCHUSKA, 2006, p. 24 com outras referências; JUNG, 1990, p. 514 com outras referências.
49. Cf., por exemplo: JESCHECK, 1954, p. 783 (784 ss.); em sentido semelhante, ainda: ROXIN, 1995, § 3 nm. 7, que considerava relativamente reduzido o significado prático das garantias da CEDH para o direito processual penal alemão; vd. todavia: ROXIN; SCHÜNEMANN, 2009, § 3 nm. 14 ss.

Para a correção dessa ideia equivocada,[50] contribuíram, entre outros fatores, e algumas condenações da Alemanha pelo TEDH: desde a entrada em vigor da CEDH, no ano de 1953, o TEDH condenou a Alemanha por violação da Convenção em cerca de 20 casos de litígios processuais penais.[51] Embora se trate, comparativamente, de um número pequeno de condenações,[52] nesse total não estão incluídos os processos que terminaram por acordo ou motivos análogos.[53] Além disso, os processos em causa não versavam sobre minudências, mas sim sobre questões importantes: veja-se, a título de exemplo, o recente caso *M. contra Alemanha*, em que o TEDH considerou que a aplicação (retrospectiva) de medidas de segurança de internamento de duração ilimitada a imputáveis perigosos (*Sicherungsverwahrung*) que não eram previstas pela legislação em vigor no momento do julgamento do crime, para serem executadas após o termo da execução da medida de internamento aplicada na sentença à luz da lei então vigente, é contrária aos direitos humanos.[54] Tais decisões são o motivo da atitude positiva de advogadas e advogados de defesa com relação à jurisprudência de Estrasburgo[55], tenho lhes permitido compreender que: (a) o ordenamento jurídico alemão não é melhor, em todos os aspectos, para a defesa em processo penal nem é o único sistema de referência obrigatório, e que (b) a jurisprudência alemã nem sempre tem a última palavra.

O TEDH, com base no art. 6, n. 3, als. b) e c), tem vindo a criar padrões europeus com relação ao tempo suficiente para preparação da defesa, ao direito à uma defesa eficaz (também quando é possível escolher o próprio advogado)[56] ou à assistência jurídica gratuita.[57] O Tribunal debruçou-se sobre os mais diversos aspectos particulares da garantia à uma defesa eficiente e eficaz (*benefit of a practical and effective defense*) – e, até sobre a obrigação

50. Sobre este assunto, vd., p. ex.: EISELE, 2004, p. 12; KÜHNE, 2001, p. 73; WOHLERS, 2004, p. 717; WEIGEND, 2000, p. 385; WARNKING, 2009, p. 393 ss.

51. LAMBERT ABDELGAWAD; WEBER, 2008, p. 123 s.

52. ESSER, 2008, nm. 23.

53. Cf. BMJ, Bericht über die Rechtsprechung des EGMR, p. 2.

54. TEDH, acórdão de 17.12.2009 – M./Alemanha. A este respeito, cf. MÜLLER, 2010, p. 207; KINZIG, 2010, p. 233; a partir de uma perspectiva francesa: LEBLOIS-HAPPE, 2010, p. 129; a partir de uma perspectiva suíça: ROTH, 2009, p. 175.

55. ESSER, 2002, p. 874.

56. Cf., porém, tendência restritiva: TEDH, acórdão de 25.09.1992, Série A237-B – Croissant/Alemanha; TRECHSEL, 2005, p. 266 ss.; GAEDE, 2007, p. 629 ss.

57. TEDH, acórdão de 25.04.1983, Série A64 – Pakelli/Alemanha; TEDH, acórdão de 25.09.1992, Serie A237-B, § 34 – Croissant/Alemanha; TRECHSEL, op. cit., p. 270 ss.

das autoridades públicas de intervir contra as deficiências da defesa.[58] Os advogados de defesa em processo penal alemães foram favorecidos pela jurisprudência do TEDH: nesse sentido, por exemplo, observe-se que o direito de contato do acusado com a defesa, o qual não é garantido explicitamente na Convenção, foi, em princípio, reconhecido como direito independente pelo *Tribunal de Justiça*.[59]

A CEDH beneficia os advogados de defesa, porque os direitos que aí se garantem tem aplicação prática,[60] como se mostra através dos seguintes exemplos:

3.1.1 O uso de eméticos

O TEDH estabelece os limites dos direitos humanos com relação à coleta de evidências processuais-penais também lá onde o ordenamento jurídico alemão não os prevê – como, por exemplo, no caso da administração forçada de eméticos. No caso em questão, *Jalloh*, um suposto pequeno traficante, recusou-se a tomar um emético, que tinha por finalidade provocar o vômito de pequenas bolas de droga previamente ingeridas. O suspeito foi segurado por quatro agentes policiais para que o médico pudesse colocar-lhe um tubo na narina e, através deste, introduzir-lhe uma solução de sal e xarope no estômago. Além disso, o médico injetou-lhe um derivado da morfina. Em consequência do tratamento *Jalloh* vomitou um pacotinho contendo 0,2 gramas de cocaína.

Os tribunais alemães vislumbraram qualquer ilegalidade neste procedimento. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*BVerfG*) viu que o art. 1, par. 1, da Constituição alemã não fora, em princípio, afetado e negou provimento ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), com a referência de que a defesa não teria lançado mão de todas as possibilidades processuais ao seu dispor, de modo a evitar a incompreensão do significado e do alcance do direito fundamental previsto no art. 2, par. 2, frase 1, da Constituição alemã.[61]

Somente o TEDH condenou o procedimento das autoridades como uma humilhação do suspeito "em violação à sua dignidade".[62] Com a administração

58. EGMR, Reports 1998-II, §§ 9 – 23, 37-43 – Daud/Portugal; ESSER, op. cit., 2002, p. 471 ss., 490 s.; TRECHSEL, op. cit., p. 286 ss.

59. TRECHSEL, op. cit., p. 278 ss.; sobre a restrição de direitos em "situações extraordinárias": EGMR, Application 7572, 7586, 7587/76 – Ensslin, Baader, Raspe/Alemanha.

60. Cf. sobre isso, por exemplo, também: JUNG, 1990, p. 511.

61. BVerfG StV 2000, p. 1; RIXEN, 2000, p. 381.

62. TEDH, acórdão de 11.07.2006 – Jalloh/Alemanha = NJW 2006, p. 3117 (3119, §§ 58-61) = StV 2006, p. 617.

forçada de eméticos, não se salvaguardou o direito a um processo justo e, especialmente, o direito à não auto-incriminação.[63]

3.1.2 O direito de consultar os autos

O TEDH concedeu a advogadas e advogados de defesa o direito incondicional de consultar autos no caso de réus presos.[64] Primeiramente, os juízes de Estrasburgo censuraram a outros países as restrições postas àquele direito (salientando-se, no ano de 1989 no caso *Lamy* contra *Bélgica*).[65] Quatro anos depois a revista *Strafverteidiger* publicou este acórdão traduzido em alemão.[66]

Os advogados de defesa alemães, tendo-se apercebido da inutilidade da crítica nacional à prática alemã bem como o significado da jurisprudência do TEDH para a configuração do direito de consultar autos de acordo com o § 147 do CPP alemão (*StPO*),[67] começaram a levar seus casos para Estrasburgo. A Alemanha foi logo diversas vezes condenada. Desde então reconhece-se que o art. 5, nº 4, da CEDH justifica um direito do advogado de defesa "a consultar todos os autos submetidos ao juiz que determinou a expedição do mandado de prisão (*Haftrichter*) mais tardar na data em que protocolar um pedido de *habeas corpus* ou interpor um recurso contra o mandado de prisão".[68]

A esta lista poderiam acrescentar-se outros exemplo.[69]

3.1.3 A utilização de testemunhos anônimos

Será a jurisprudência de Estrasburgo uma panaceia contra todos os erros dos sistemas nacionais, por o padrão de direitos humanos se encontrar sob a fiscalização do Tribunal e, portanto, ser aplicável mesmo quando a jurisprudência nacional não reconhece uma violação da Convenção?

---

63. Idem, ibidem.
64. TEDH, acórdão de 13.02.2001 – Lietzow/Alemanha = StV 2001, p. 201: direito de consultar os autos de investigação durante a prisão preventiva.
65. TEDH, acórdão de 30.03.1989 – Lamy/Bélgica = StV 1993, p. 283.
66. Idem.
67. ZIEGER, 1993, p. 320 (322).
68. Cf. TEDH, acórdão de 13.02.2001 – Lietzow/Alemanha = StV 2001, p. 201; TEDH, acórdão de 13.02.2001 – Schöps/Alemanha = StV 2001, p. 201; TEDH, acórdão de 13.02.2001 – Garcia Alva/Alemanha = StV 2001, p. 201.
69. Condenações por violação ao *speedy trial* e por violação ao *fair trial*.

Esta pergunta não pode ser totalmente respondida com um Sim. Isto porque os benefícios da CEDH se encontram limitados de duas maneiras: Em primeiro lugar, a sanação de um problema pela CEDH somente é promissora, quando um direito convencional fornece um critério claro para a sua invocação. Com efeito, o princípio *no right without remedy* tem um lado reverso: Na ausência de um direito convencional inequívoco ou da vontade de que a violação seja seguida por uma determinação clara de sanções, o poder de Estrasburgo para realizar jurisprudência não serve para nada. A CEDH estabelece apenas pontualmente os direitos processuais penais e os direitos da defesa em processo penal. Ela não estatui um amplo código da defesa, mesmo quando ela garante uma variedade de direitos da defesa em relação ao direito a um *fair trial*.[70]

Em segundo lugar, apesar do TEDH pronunciar-se em vários casos claramente quanto ao significado das garantias contidas na Convenção, ele não força a execução incondicional, e sim deixa margem para uma solução adequada do ponto de vista nacional (*margin of appreciation*).[71] Essa jurisprudência permite ao TEDH aplicar de forma flexível uma doutrina que tenha sido desenvolvida em casos individuais e, se for o caso, abdicar de uma condenação. Os juízes de Estrasburgo deixam a sanção concreta da violação das exigências, em princípio, ao sistema nacional e frequentemente limitam-se, em última instância, à apreciação global da justiça do processo.[72] Provavelmente a contenção de Estrasburgo contribui de forma importante para o sucesso do *TEDH*. Pois a longo prazo ela resultou até o momento a seguinte situação: um ordenamento jurídico recepciona a jurisprudência do *TEDH* quando o tribunal nacional está pronto para tanto. A Alemanha é um exemplo disso.[73] Assim, o *TEDH* ganha legitimidade. De toda a forma, esta aproximação dos advogados de defesa que levam seus processos a Estrasburgotambém é feita com alguma expectativa, pois essa ida à Estrasburgo – especialmente quando se trata de questões complexas – nem sempre traz o resultado esperado no caso concreto, como sucedeu, de forma paradigmática, na decisão do TEDH no processo contra *Monika Haas*: Quando o

70. Cf. WOHLERS, 2009, p. 809 s.

71. Vd. PETERS, 2003, p. 25 ss. com outras referências; Cf. GAEDE, op. cit., 2006, p. 292 sobre o critério da "consideração total"; para a respectiva crítica, vd. infra nota 94.

72. Cf., por exemplo, recentemente: TEDH, acórdão de 10.03.2009, nm. 89 – Bykow/Rússia: "Não compete ao Tribunal, em princípio, decidir sobre a admissibilidade de determinados meios de prova – por ex., provas obtidas ilegalmente de acordo com o direito nacional –, ou sobre a culpabilidade do acusado. A questão que deve ser respondida é se o processo como um todo, inclusive a coleta de provas, foi justo". Cf. GAEDE, op. cit., 2007, p. 807 ss.; GAEDE, op. cit., 2006, p. 292.

73. A este respeito: LAMBERT ABDELGAWAD/WEBER, op. cit., p. 141 s.

Tribunal Superior de Frankfurt (*OLG Frankfurt*) condenou a *Sra. Haas* por formação de organização terrorista, cumplicidade num rapto com fins de extorsão e tentativa de homicídio qualificado com base em depoimentos de testemunhas inacessíveis ou anônimas, especialistas na CEDH indicaram isso a Estrasburgo confiantes na vitória.[74] Estes autores viram na jurisprudência do TEDH[75] sobre o direito de confrontar testemunhas a referência a um conjunto de requisitos de três níveis para o uso de testemunhos anônimos: (1.) necessidade da existência de um motivo suficiente para a manutenção do anonimato da testemunha; (2.) necessidade de compensação, em outras partes do processo, das restrições que dali decorrem para os direitos da defesa; (3.) necessidade de cautela na utilização de testemunhos anônimos que possam repercutir na apreciação da prova.[76] Não se pôde ou não se quis ver que, do diferenciado conjunto de requisitos não resultava uma posição clara sobre as consequências jurídicas da sua falta. Os juízes de Estrasburgo deixam, em princípio, a sanção concreta, como, por exemplo, uma proibição de prova, aos cuidados do sistema nacional.[77]

No caso *Haas*, quando da abertura do processo, os fatos descritos na inicial haviam sido cometidos há 20 anos. O tribunal baseou a sua convicção em grande parte sobre a declaração altamente incriminatória de um homem que se encontrava preso no Líbano. A declaração não foi prestada diretamente perante um tribunal alemão, e sim perante um tribunal libanês. Nem a *acusação* (*Bundesanwaltschaft*) nem a defesa participaram do interrogatório, embora funcionários públicos do Departamento Federal Criminal (*Bundeskriminalamt*) estiveram temporariamente presentes. Apesar dos esforços do tribunal, não foi possível transferir a testemunha para a Alemanha. A sua declaração foi corroborada por fontes anônimas do Departamento Federal Criminal e dos Serviços de Informação alemães (*Bundesamt für Verfassungsschutz*). Certos funcionários públicos desta instituição somente puderam ser inquiridos, na qualidade de testemunhas que "ouviram dizer",[78] no processo principal sobre a sua avaliação da credibilidade dessas fontes. A defesa o seu direito a confrontar testemunhas violado, porque o *Tribunal Superior de Frankfurt* não apre-

74. ESSER, op. cit., 2002, p. 681; SOMMER, 2002, p. 10.

75. TEDH, acórdão de 29.03.1990 – Kostovski/Holanda = StV 1990, p. 481; TEDH, acórdão de 26.03.1996 – Doorson/Holanda = ÖJZ 1996, p. 715; TEDH, acórdão de 23.04.1997 – Van Mechelen e outros/Holanda = StV 1997, p. 671; Cf. RENZIKOWSKI, 1999, p. 605.

76. ESSER, op. cit., 2002, p. 657 ss., 674. Criticamente sobre tais soluções para a valoração da prova: GLESS, 2001, p. 3606.

77. Vd. supra, nota 73.

78. Em pormenor: BGH StV 2000, p. 649; BVerfG NJW 2001, p. 2245; TEDH, NStZ 2007, p. 103 – Haas/Alemanha com observações de Esser.

sentou os motivos para o anonimato das testemunhas nem ofereceu à defesa as possibilidades de compensação.[79] Em vez disso, as fontes anônimas foram utilizadas com a finalidade de corroborar com o resultado do testemunho do Líbano realizado sem confrontação, que por sua vez tinha sido alcançado sob restrições de direitos da defesa. Por intermédio disso, o tribunal entrelaçou vários meios de prova que necessitavam de compensação. Nem o Supremo Tribunal de Justiça (*Bundesgerichtshof – BHG*) nem o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*) *alemães* deram razão à defesa.[80] O *BVerfG* viu naquele procedimento uma "manipulação de direito processual (...) no limite de uma conformação do processo penal constitucionalmente admissível", mas não aceitou o recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*).[81] Após um período de quatro anos de espera, o TEDH também rejeitou o recurso por considerá-lo manifestamente improcedente.[82] De acordo com os juízes de Estrasburgo, foi suficiente o *Tribunal de Justiça de Frankfurt* ter se *esforçado* seriamente pela manutenção dos direitos da defesa, a saber, uma transferência da testemunha presa no Líbano ou uma confrontação com a defesa no Líbano.[83] O TEDH concretizou na prática, então, o seu entendimento de que uma proibição de utilização de prova somente poderia ser apontada em caso de "uma confrontação fracassada em razão de conduta estatal culposa".[84-85]

A decisão de Estrasburgo no caso *Haas* também encorajou defensores da CEDH a questionar-se: vale a pena investir tempo e dinheiro no caminho a Estrasburgo?[86] Uma defesa processual útil e eficaz necessita de previsibilidade e fiabilidade.

3.1.4 Conclusão parcial

Num balanço global, qual o grau do benefício que a CEDH traz de fato à defesa? Questione-se isso a partir da perspectiva de um único processo penal,

79. Cf. ESSER, op. cit., 2002, p. 681; pormenorizadamente sobre o direito de confrontar as testemunhas: BEULKE, 2002, p. 3 ss.

80. O Tribunal de Justiça de Frankfurt teria utilizado as fontes anônimas de maneira cautelosa e "somente para arredondamento e confirmação" do conjunto probatório. Globalmente, a justiça do processo teria sido garantida; BGH BJW 2000, p. 1661 (1662) = StV 2000, p. 649.

81. BVerfG NJW 2001, p. 2245 (2246).

82. Cf. a este respeito: ESSER, op. cit., 2002, p. 681; ESSER, 2007, p. 106 (108).

83. TEDH, NStZ 2007, p. 103 (105) – Haas/Alemanha.

84. ESSER, op. cit., 2007, p. 106 (107).

85. TEDH, NStZ 2007, p. 103 (106) – Haas/Alemanha.

86. Cf. ESSER, op. cit., 2007, p. 106 (108); GAEDE, op. cit., 2006, p. 292.

por assim dizer, a partir da perspectiva da formiga, os benefícios parecem questionáveis: O caminho a Estrasburgo é demorado. Já com antecedência a defesa penal deve investir paciência e outros recursos, de modo a ter acesso à jurisprudência do TEDH com seu caso individual. Caso contrário, a reclamação perante o tribunal nacional não é possível. Em princípio, o processo precisa passar por todas as instâncias – inclusive o *BVerfG* –[87] até chegar ao TEDH, e, então, se for o caso – passando por procedimento de revisão de sentença (*Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens*) de acordo com o § 359, Nr. 6, do CPP alemão – receber uma decisão conforme a CEDH do tribunal distrital (*Instanzgericht*).[88-89] As consequências deste tipo de tramitação revelam-se à evidência na disputa sobre a administração forçada de eméticos: Até o TEDH decidir favoravelmente a *Jalloh*, morreram ainda dois homens (em Bremen e em Hamburgo) quando a polícia forçosamente administrou-lhes o xarope mexicano com a suposta finalidade de encontrar pacotinhos de drogas que teriam sido engolidos. Entre o encorajamento do direito a ter acesso aos autos na prisão preventiva (no caso *Lamy/Bélgica*) e a efetiva execução na Alemanha passou-se mais de uma década – os recorrentes alemães não só já haviam recebido sua pena, como a haviam cumprido.

Mas se a pergunta for feita a partir de uma perspectiva panorâmica da defesa em processo penal, globalmente, os benefícios a longo prazo trazidos pela Europa apresentam-se de outra forma: nas últimas décadas o TEDH desenvolveu uma jurisprudência diferenciada e, desse modo, foi densificando as garantias da defesa em processo penal estabelecidas na Convenção. Os tribunais nacionais começaram progressivamente a compreender e a registrar os esclarecimentos do Tribunal de Estrasburgo[90] – em muitos aspectos intencionados para além da decisão do caso concreto –, bem como as condenações de um Estado em casos individuais. Vista como um todo, a ida a Estrasburgo segue, assim –

87. Relativamente à eficácia jurídica das decisões do TEDH de acordo com o art. 46, par. 1, da CEDH e ao "dever de consideração" das mesmas pelo sistema jurídico germânico, o Tribunal Constitucional alemão, no caso Görgülü (2004), salientou o dever do Estado condenado de executar as decisões do TEDH por intermédio de suas instituições nacionais e, da mesma forma, de ter em atenção as decisões proferidas contra os outros Estados, BVerfG NJW 204, p. 3407 (3408) = StV 2005, p. 307; EISELE, op. cit., 2004, p. 14; ESSER, op. cit., 2008, nm. 276 ss.; PETERS, 2007, p. 110 ss.

88. Vd. § 140 a da Lei da organização judiciária alemã, de 12 de setembro de 1950 (Gerichtsverfassungsgesetz – GVG).

89. ESSER, op. cit., 2002, p. 871 fala, a este propósito, de uma "situação paradoxal".

90. Cf. BGHSt 46, 93 = StV 2000, p. 593; 51, 150 = StV 2007, p. 66; genericamente sobre estes desenvolvimentos: POLAKIEWICZ, 2010, p. 12.

no campo de tensão entre a justiça do caso individual e o desenvolvimento de um procedimento padrão europeu – o caminho de uma altruística guerra de guerrilhas: institucionalmente mais fracos do que o lado da persecução penal, os advogados e advogadas de defesa golpeiam o adversário em um processo individual com uma "picada de agulha", recorrendo aos padrões internationais. Esperam ter sucesso a longo prazo, mas precisam quase instrumentalizar o processo em causa para atingir este fim.

No entanto, tudo ponderado, os benefícios trazidos pela CEDH não podem ser subestimado. A jurisprudência de Estrasburgo corrige, com os seus padrões, os diversos sistemas jurídicos nacionais existentes na Europa e, tendo em vista as diferenças entre as várias regulamentações de processo penal, isso não se trata de uma tarefa fácil.

Os juízes foram aos poucos conquistando um respeito generalizado, porque se exprimem com clareza com relação à interpretação de determinadas garantias da CEDH e, com isso, fornecem um sistema de referência europeu, o qual pode ser recebido e posteriormente desenvolvido nos Estados-partes. Ao mesmo tempo, porém, atuam com contenção: que se legitima na *margin of appreciation*[91] dos Estados e, especificamente no âmbito do direito processual penal, na figura da "apreciação global da justiça do processo", a qual permite, através de uma análise transversal, sanar a violação *prima facie* de um direito convencional individual.[92] Por outro lado, os juízes de Estrasburgo deixam a correção de longo prazo do processo penal aos cuidados do ordenamento jurídico nacional e abrem assim diversos caminhos para uma recepção individual da CEDH em cada ordem jurídica. Simultaneamente, a jurisprudência do TEDH demonstra, porém, uma dimensão comum europeia e simpática à defesa em processo penal.[93] Isso é suficiente para expectativas positivas da defesa em processo penal com relação à Estrasburgo.[94]

3.2 O Direito da UE e a jurisprudência do TJUE

Bem diferentes são as expectativas com relação a Bruxelas e Luxemburgo. Os advogados de defesa penal não esperam nada de bom do direito da UE.

91. Em pormenor: PETERS, op. cit., 2003, p. 265 ss. com outras referências.
92. Favorável: POLAKIEWICZ, op. cit., p. 13; Crítico: GAEDE, op. cit., 2007, p. 807 ss.; GAEDE, op. cit., 2006, p. 292.
93. Cf. ESSER, op. cit., 2002, p. 873; SIEBER, 2009, p. 8; WEIGEND, op. cit., 2001, p. 63.
94. ESSER, op. cit., 2002, p. 874.

Apesar disso, esse direito europeu também beneficia a defesa em processo penal, como mostram três exemplos:

3.2.1 A não punibilidade resultante das liberdades fundamentais

O direito comunitário é visivelmente útil à defesa em processo penal quando ele neutraliza normas incriminadoras nacionais.[95] Quem exerce *legalmente* uma liberdade fundamental europeia, permanece impune, mesmo se, ao fazê-lo, viola um direito penal nacional[96], porque o direito do Estado-membro é subordinado ao direito comunitário. Esta é a base onde se funda a jurisprudência protetora do TJUE desde o início da comunidade econômica e da união aduaneira.[97] Tão-pouco deve o direito penal criar fronteiras artificiais numa Europa integrada. Adoptando este entendimento como ponto de partida, podem desenvolver-se vários conceitos de defesa, visto que por vezes se questiona, em contextos completamente diferentes, se a persecução penal nacional não deveria ser revista com base em um padrão europeu.[98] Por isso, o TJUE proibiu os funcionários públicos alemães, na decisão publicada no primeiro ano de edição da *Strafverteidiger* há 30 anos,[99] de "aumentar tributos sobre entorpecentes contrabandeados e destruídos após sua descoberta" na união aduaneira.[100]

3.2.2 O art. 54 da CAAS

O segundo exemplo da utilidade do direito da UE para a defesa provém do art. 54 e ss. da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (CAAS).[101] Estas normas estabelecem uma proibição de dupla punição em todo o Espaço

95. Fundamental sobre a prioridade aplicativa do direito comunitário: TEDH, acórdão de 15.07.1964, Rs. 6/64 – Costa/E. N. E. L.

96. SATZGER, 2009, § 8 nm. 88; HECKER, 2007, § 9 nm. 24 s., 33 ss., 36 ss.

97. TEDH, acórdão de 07.02.1979, 136/78 – Auer = Slg. 1979, p. 437 (449 ss., nm. 19 ss.); Cf. FOLZ, 2009, p. 427; HARATSCH, 2008, p. 81; JUNG, op. cit., p. 511.

98. Até agora, porém, poucos advogados de defesa penal têm aproveitado este "benefício colateral" da legislação europeia.

99. TJUE StV 1981, p. 274.

100. No entanto, o TJUE não deixou de reconhecer, em *obiter dictum*, que os Estados-membros são livres para "perseguir penalmente as infrações penais cometidas e impor todas as consequências jurídicas previstas no direito penal".

101. Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 19.06.1990, Bundesgesetzblatt II 1993, p. 1013, 1904, 1994, Parte II, p. 631.

Schengen: "Aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma parte contratante não pode, pelos mesmos fatos, ser submetido a uma ação judicial intentada por uma outra parte contratante (...)".[102] O art. 54 da CAAS permitiu um rápido desenvolvimento da extinção transfronteiriça da ação penal em razão de incidência do princípio do *ne bis in idem*. Aqui também vieram decisivos impulsos do TJUE, de só excepcionalmente ter atuado como um tribunal de arbitragem no âmbito do terceiro pilar da UE. O Tribunal de Luxemburgo decidiu num sentido coerentemente europeu,[103] tendo divergido dos acórdãos de Tribunais dos Estados-membros que limitavam a proibição de dupla punição a uma condenação judicial. Na verdade, toda a decisão adotada pela autoridade competente de um Estado-membro e transitada em julgado desencadeará a extinção da acção penal em todo o espaço Schengen, desde que conheça do mérito da causa.[104] Por isso a ação penal extingue-se não só por absolvições em um outro Estado do espaço de Schengen (*van Straaten*),[105] mas também com acordos que encerram processos-crime (*Miraglia*).[106]

Os juízes de Luxemburgo estabeleceram também uma proibição de transfronteiriça de perseguição em casos em que , por outros motivos, os factos já não podem ser perseguidos em um outro Estado do espaço de Schengen, por exemplo, o procedimento ter prescrito.[107]

---

102. Além disso, a extinção da ação penal ocorre sob a condição de que, "em caso de uma condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja atualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da parte contratante em que a decisão de condenação foi proferida". Para os efeitos do art. 54 da CAAS, a sanção aplicada por um órgão jurisdicional de um Estado-membro contratante deve ser considerada "cumprida", quando o acusado tenha sido condenado numa pena de prisão suspensa em conformidade com o direito do referido Estado; TJUE, acórdão de 18.07.2007, C-288/05 – Kretzinger; Cf. em pormenor: LAGODNY, 1997, p. 265; SCHOMBURG, 1999, p. 540; StV 1999, p. 240; BOHNERT; LAGODNY, 2000, p. 636; RADTKE; BUSCH, 2003, p. 281; STEIN, 2003, p. 1162; VOGEL; NOROUZI, 2003, p. 1059; WOHLERS, op. cit., 2009, p. 816 ss.

103. STEIN, op. cit., p. 1162.

104. Cf. TJUE, acórdão de 11.02.2003, C-187/01, C-385/01 – Mellone/Comissão; RADTKE; BUSCH, op. cit., p. 284; STEIN, op. cit., p. 1162. Por isso, no caso Turansky o TJUE decidiu que o art. 54 da CAAS não se aplica em um simples arquivamento de processo, que não envolve qualquer juízo de mérito e que permite a sua reabertura a todo o momento: TJUE, acórdão de 22.12.2008, C-491/07 – Turansky = StV 2009, p. 169.

105. Cf. TJUE, acórdão de 28.09.2006, C-150/05 – Van Straaten, nm. 54 ss. = StV 2007, p. 57.

106. TJUE, acórdão de 10.03.2005, C-469/03 – Miraglia.

107. TJUE, acórdão de 28.09.2006, C-467/04 – Gasparini e o. = StV 2007, p. 113; TJUE, acórdão de 11.12.2008, C-297/07 – Bourquain.

Os advogados de defesa penal não tardaram em reconhecer a utilidade da extinção da ação penal em todo o espaço Schengen.[108] Com isso, "Schengen", que primeiro representava a expansão do poder de polícia, adquiriu um caráter "amigo" da defesa. Na verdade, um espaço de persecução penal europeu sem um sistema institucionalizado de limitação paralela da persecução penal não se coadunava com as exigências do Estado de direito e com o princípio da culpa.[109]

Além disso, o TJUE procurou dar resposta às necessidades específicas de defesa, inclusive plano processual, e criou um procedimento de emergência para a tramitação de decisão prejudicial em matéria penal, atenuando, assim, o problema da morosidade processual.[110]

3.2.3 Os direitos da defesa como expressão dos princípios gerais do direito

Em terceiro lugar, a jurisprudência do TJUE sobre os princípios gerais do direito beneficia a defesa em processual penal.

Com a ajuda destes princípios de justiça não escritos, os juízes de Luxemburgo garantem o devido processo legal, a proteção jurídica e um mínimo de direitos de defesa.[111] Na falta de uma regra de direito europeu aplicável, os magistrados extraem os princípios (de direito europeu) dos princípios jurídicos comuns aos Estados-membros. Aqueles princípios moldam conformam o processo das infrações ao direito da concorrência, os processos disciplinares no âmbito da UE, bem como as inspeções *in loco* efectuadas pelo Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF).[112]

Normalmente, os princípios gerais de direito normalmente garantem apenas um padrão mínimo. No entanto, seus efeitos não devem ser subestimados, pois

---

108. SOMMER, 1999, p. 38.

109. Vd. a tomada de posição da Associação dos Advogados Alemães sobre o Livro Verde da Comissão sobre o princípio do *ne bis in idem*, 2006, p. 325.

110. JO L 24 de 29.01.2008, 39. C 64 de 08.03.2008, 1.

111. *Conclusões* do advogado-geral Ruiz-Jarabo Colomer de 12.10.2009, C-476/93 P = Slg. 1995, I-4125 (4131, nm. 17); sobre o direito à defesa: TEDH, acórdão de 16.09.2009, T-305 até 307/94, T-313 até 316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94 = Slg. 1999, II-931 (II-931, nm. 246): "A garantia dos direitos de defesa representa em todos os processos que podem conduzir à aplicação de sanções – nomeadamente multas ou sanções pecuniárias compulsórias – um princípio fundamental do direito comunitário, que também deve ser observado em um procedimento administrativo (...)"; Sobre direitos processuais garantidos, em geral, JOKISCH, 2000, p. 71 ss.

112. GLESS; ZEITLER, 2001, p. 219.

eles têm um *status* europeu. O acórdão *Kadi* do TJUE mostrou recentemente, e de maneira espetacular, o significado de sua jurisprudência para a defesa em processo penal: o *Tribunal de Luxemburgo*[113] declarou nulo o congelamento de fundos supostos terroristas sem controle jurisdicional efetivo e sem direitos da defesa e, dessa forma, derrubou a prática das *smart sanctions* da UE e da ONU. Um tribunal nacional não seria capaz de fazer isso sozinho.[114]

3.2.4 Conclusão parcial

Poderá afirmar-se que a legislação europeia traz benefícios à defesa em processo penal – apesar da atitude negativa generalizada com relação a Bruxelas?

Traz – mas apenas raramente e mais e virtude do acaso. Na realidade, faltava, até agora, um código adequado de direitos da defesa em nível da UE.[115] A UE sentia-se vinculada aos direitos consagrados na CEDH,[116] no entanto, até o Tratado de Lisboa, faltava um ponto de partida, que, de forma semelhante ao art. 6, nº 3, als. b) e c) da CEDH pudesse servir de quadro inicial para o desenvolvimento de um padrão de defesa europeu.

Em última analise, até então eram os advogados e advogadas de defesa, que conjuntamente com o Tribunal de Luxemburgo, mostravam, em casos mais ou menos incomuns, o potencial dos poucos "direitos europeus" criados aliás de forma pouco sistemática pela UE. Paralelamente, especialistas da Comissão Europeia, apoiados pelo Parlamento europeu,[117] apresentaram diferentes propostas para a adopção de um instrumento europeu juridicamente vinculativo, com vista à regulamentação dos direitos em processo penal e, em particular, dos direitos da defesa.[118] Se, por um lado, elas ficaram bem longe do que os advogados de defesa em processo penal reivindicavam para o fortalecimento da defesa, em face do desenvolvimento da cooperação na persecução penal transfronteiriça;[119] por outro lado mostram que existe, em princípio, disponi-

---

113. Para a decisão da primeira instância, cf. TEDH, acórdão de 21.09.2005, T-315/01; acórdão de 21.09.2005, T-366/01.

114. GLESS; SCHAFFNER, 2009, p. 163-193; RACKOW, 2009, p. 712.

115. A este respeito, vd.: BRAUM, 2005, p. 681; KAIFA-GBANDI, 2006, p. 67; KLIP, 2005, p. 889; LÜDERSSEN, 2004, p. 49; SCHÜNEMANN, 2004, 193; VOGEL; MATT, 2007, p. 363.

116. Sobre os aspectos fundamentais da vinculação da CEDH à CE (antes do Tratado de Lisboa), cf. GAEDE, 2003, p. 845.

117. Cf. SCHÜNEMANN, 2006, p. 363.

118. Cf. LÖÖF, 2006, p. 421.

119. BRAUM, 2003, p. 576.

bilidade da UE para o estabelecimento de direitos processuais. Contudo, antes do Tratado de Lisboa,[120] os governos dos Estados-membros não estavam prontos para se vincular quanto ao seu conteúdo, nem para abrir totalmente o recurso ao TJUE na área da cooperação policial e judiciária.

4. OS *DÉFICITS* DA LEGISLAÇÃO E DA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIAS PARA A DEFESA EM PROCESSO PENAL NA EUROPA

Sem direitos fundamentais europeus na área da justiça e sem uma abertura das vias de recurso, o *déficit* da defesa em processo penal na Europa integrada da UE não pode ser compensado. Três exemplos ilustram essa dificuldade:

4.1 Os instrumentos jurídicos da UE relativos ao direito penal e processual penal

Em primeiro lugar: muitos instrumentos da UE mostram – além da tendência punitiva – uma latente hostilidade em relação aos advogados de defesa em processo penal, ou mesmo falta de sensibilidade com relação às suas necessidades.

Exemplo disso são as diretivas da UE sobre lavagem de dinheiro, as quais, em certas circunstâncias, impõem também aos advogados o dever de comunicação (*Meldepflicht*) de operações suspeitas. Estes queixaram-se, com razão, de que as exigências da UE não prestam a devida atenção à especial posição de confiança que assumem perante com os seus clientes.[121]

4.2 Os serviços centrais de persecução penal

Em segundo lugar, verifica-se que do fortalecimento unilateral da persecução criminal resulta um enfraquecimento estrutural da defesa penal. O estabeleci-

120. Cf. proposta de uma Decisão-quadro sobre o fortalecimento dos direitos processuais de suspeitos ou acusados em processos penais; Livro Verde sobre a presunção de inocência COM(200), 174; sobre isso: MEYER, 2007, p. 15; VOGEL; MATT, op. cit., p. 206; Em sentido oposto: Resolução do Conselho de 30.11.2009 sobre um Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais, JO C 295 de 04.12.2009, 1.

121. Cf. BRAUM, op. cit., 2003, p. 576; DONATH; MEHLE, 2009, p. 650; SALDITT, 2003, p. 136, SOMMER, 2005, p. 329; sobre a redução teleológica de crimes de lavagem de dinheiro em virtude do privilégio da defesa penal: GENTZIK, 2002, p. 181 ss. Porém, o TJUE entendeu, no acórdão de 26.06.2007, C-305-05 – Franz.-dt. Rechtsanwaltskammer Belgien/Ministerrat Belgien, que um advogado é exonerado do dever geral de comunicação, assim que assuma tarefas de advogado de defesa em processo penal.

mento de serviços centrais que têm à sua disposição informações transfronteiriças ou coordenam medidas, como sucede hoje com a *Europol* e a *Eurojust*, e, poderá ocorrer, no futuro, com um Procurador Europeu, significa um aumento do poder da persecução penal.[122] Isto parece coerente, na medida em que a liberdade de circulação na Europa exige uma compensação europeia para suposto controle de perdas em nível nacional. No entanto, este entendimento não considera as necessidades alteradas da defesa em processo penal na Europa integrada.

As atividades destes serviços não são abertas à defesa e as iniciativas para criar serviços de defesa institucionalizados como o *Eurodefensor*[123] ou o *European Criminal Law Ombudsman*[124] não tiveram êxito até o momento. Por isso, advogados da defesa não dispõem de uma organização institucionalizada para troca de informações relevantes[125] nem para coordenação da defesa em casos transfronteiriços.

No âmbito europeu, a única instituição realmente ativa é a *European Criminal Bar Association*, porém mais como uma associação europeia de advogados executando trabalho de lobby, do que propriamente com funções de serviço central.

4.3 Os instrumentos de reconhecimento mútuo

Em terceiro lugar, os novos instrumentos da UE sobre reconhecimento mútuo enfraquecem uma defesa efetiva.[126] O mandado de detenção europeu, a decisão de congelamento de bens ou de provas e o mandado europeu de obtenção de provas podem ser executados quase automaticamente executáveis em toda a UE e, assim, abrem às autoridades penais um espaço de execução europeu. No entanto, procurar-se-á em vão, tanto nas decisões-quadro adotadas até o momento, como nas disposições relevantes do Tratado de Lisboa, um espaço de defesa europeu correspondente.

Isso pode significar que, a longo prazo, o reconhecimento mútuo leva a um "aumento unilateral da punibilidade",[127] pois a dupla incriminação desem-

---

122. Art. 86 do TFUE; Cf. GLESS, 2009, p. 30 ss; KEMPF, 2003, p. 128; NÜRNBERGER, 2009, p. 494; SOMMER, 2003, p. 126.

123. Sobre este aspecto, em pormenor: NESTLER, 2006, p. 172 ss.; SCHÜNEMANN, op. cit., 2006, p. 367 ss.

124. Em pormenor: MITCHELL, 2006, p. 193 ss.

125. Por exemplo, sobre a existência de outros processos criminais contra os seus clientes na UE, estratégias de defesa pan-europeias que se mostrem promissoras ou até sobre as modalidades do pedido de assistência judiciária em Estados-membros.

126. Cf., por exemplo: SCHÜNEMANN, 2003, p. 119; VOGEL; MATT, op. cit., p. 206.

127. Nesse sentido, por exemplo: KLIP, 2009, p. 305 ss.; SCHÜNEMANN, op. cit., 2006, p. 361.

penha ali qualquer papel, ou em última análise, importa "somente" para um aumento da eficiência à custa dos indivíduos afetados e da sua defesa.[128]

É inequívoco que, após a eliminação dos mecanismos de proteção tradicionais, os direitos e necessidades da defesa em processo penal não foram suficientemente tidos em consideração por intermédio de medidas de flanqueio ou da criação novas instituições, para impedir que o aumento de poder se desse apenas a favor da persecução penal.[129]

A situação de desequilíbrio está patente nas práticas relativas ao mandado de detenção europeu: um advogado de defesa tem um poder de ação muito limitado contra o mandado de detenção transfronteiriço no Estado de execução (*Verhaftungsstaat*).[130] Objeções de mérito contra o mandado de detenção precisam ser alegadas no Estado de emissão. Não existe um sistema de caução transfronteiriço.[131] E, até o momento, o TJUE também já perdeu a oportunidade de introduzir alterações neste estado de coisas.[132]

4.4 Conclusão parcial

Em uma análise geral, pode dizer-se que o direito da UE veio a enfraquecer a defesa em processo penal, especialmente por três motivos:

1. A defesa é confrontada com uma crescente estrutura europeia de persecução penal – sem dispor de uma estrutura análoga adequada;

2. Falta uma defesa dimensionada para o âmbito europeu, que parifique o princípio do reconhecimento mútuo das decisões de execução;

3. A atenção dada pela UE às necessidades da defesa em processo penal é demasiado reduzida; seria necessária uma integração orientada dos direitos da defesa em todos os instrumentos de persecução penal transfronteiriça (mainstreaming of defense rights).

De uma maneira geral, a Europa integrada abriu um novo espaço de execução à persecução penal e criou um novo processo penal de um novo gênero, onde se procede a uma divisão de trabalho entre os vários países –[133] sem incluir a defesa.

---

128. Cf. GLESS, 2004, p. 353; KAIFA-GBANDI, op. cit., p. 72 ss.

129. GLESS, 2002, p. 638; KAIFA-GBANDI, op cit., p. 76.

130. Em particular, os motivos da prisão (por ex., perigo de fuga) não podem ser verificados no Estado de execução, vd. ASP, 2006, p. 135 s. e FRÄNDE, 2006, p. 141 ss.

131. Um modelo desenvolvido com esse fim pode ver-se, por ex.: ASP, op. cit., p. 134 s.

132. Vd. TEDH, acórdão de 03.05.2007, C-303-05 = StV 2007, p. 362.

133. SCHOMBURG et al, 2006, nm. 105 ss.

5. A ESTRATÉGIA APÓS O TRATADO DE LISBOA

Aqueles *déficits* devem ser corrigidos para que a defesa penal possa acompanhar a persecução penal transfronteiriça.

O Tratado de Lisboa entrou em vigor em dezembro de 2009, iniciando uma nova era e abrindo novas possibilidades: a Carta dos Direitos Fundamentais da UE é direito vigente. A estrutura de pilares da União foi abolida. Novas competências foram atribuídas ao legislador europeu e ao TJUE. Os órgãos legislativos podem também, em princípio, editar normas processuais penais por intermédio de diretivas.[134] E, após um período de transição,[135] o TJUE passará a decidir sobre a interpretação e aplicação dos Tratados na área da cooperação em matéria penal (art. 82 e ss. do TFUE).[136]

5.1 Reivindicação de direitos em Luxemburgo?

O que significam essas inovações para os advogados e advogadas de defesa em processo penal?

5.1.1 Remedy: *a execução dos direitos de defesa*

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a Carta dos Direitos Fundamentais[137] e, por essa via, "o respeito dos direitos da defesa"[138] tornaram-se

134. O Tratado de Lisboa prevê expressamente essa competência em relação aos direitos do arguido, mas já não em relação à defesa globalmente considerada: vd. em particular os arts. 82 e 83 do TFUE.

135. A disposição transitória vale por cinco anos (vd. art. 10 do Protocolo Nr. 36). Além disso, de acordo com os Protocolos 19 a 22, a Dinamarca, o Reino Unido e a Irlanda não participam das decisões tomadas ao abrigo do Título V do Tratado, relativo ao espaço de *liberdade, segurança e justiça*.

136. A versão anterior do art. 46 do TUE foi eliminada sem substituição, pelo que a competência do Tribunal de Justiça se estende basicamente a todas as disposições de ambos Tratados (TUE/TFUE). As antigas limitações relativas à jurisdição na área da cooperação policial e judiciária em matéria penal (vd. a versão anterior dos arts. 35 e 46, *b*, ambos do TUE) tornam-se, assim, obsoletas. ESSER, 2010, p. 133 ss.

137. Art. 6, par. 1, do TUE. Sobre isto: HEGER, 2009, p. 408.

138. Sobre extinção da ação penal nos termos do art. 50 da Carta: "ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei" – onde não se prevê, portanto, a exigência da execução, ainda presente no art. 54 da CAAS, vd. HEGER, op. cit., p. 408.

vinculativos,[139] quando *(a) Instituições, órgãos e agências da UE tiverem atuação na área da persecução penal; (b) os Estados-membros implementarem e aplicarem a legislação europeia nesta área.*[140]

Tecnicamente, após o decurso do período de transição de cinco anos, estará disponível o recurso de anulação[141] *contra atos de instituições e agências da UE.* Caso a *Europol* venha a adoptar uma medida que prejudique direitos da defesa de um réu,[142] este pode impugnar a sua validade perante o TJUE, nos termos do art. 263 do TFUE.

Por outro lado, a defesa pode reagir contra a implementação e aplicação da legislação europeia *por autoridades nacionais* por intermédio do mecanismo do reenvio prejudicial.

Assim, se determinada disposição relativa ao mandado de detenção europeu ofende o "respeito dos direitos da defesa", permite-se – sob as condições do art. 267 do TFUE – o recurso ao TJUE.[143] Se a pessoa encontrar-se detida, aplica-se o procedimento acelerado (art. 267, par. 4, do TFUE).

Consequentemente, o *Tribunal do Luxemburgo* controlará, futuramente, o cumprimento dos padrões de defesa no âmbito da UE e – de forma mais limitada – também nos Estados-membros. No entanto, até o momento, o conteúdo de tais padrões não foi ainda determinado.[144]

5.1.2 Right: *qual o conteúdo* in concreto *de tais direitos de defesa?*

Permitirão estas vias sair da situação de desvantagem enfrentada pela defesa em processo penal no âmbito europeu?

Para advogados de defesa abre-se de fato uma porta a um caminho, cujo percurso não é previsível. Em primeiro lugar, porque o *conteúdo* dos direitos da defesa não está expressamente determinado na Carta. Por um lado, admite-se

139. Art. 48, par. 2, da Carta da UE.

140. Atente-se na reserva material que proíbe o TJUE de fiscalizar: "a validade ou a proporcionalidade de operações efetuadas pelos serviços de polícia ou outros serviços responsáveis pela aplicação da lei num Estado-membro" (art. 276 do TFUE).

141. Art. 263, par. 4, do TFUE.

142. No futuro, a UE poderá atribuir tarefas operacionais à Europol (art. 88, par. 2, *b*, do TFUE). A Europol encontra-se obrigada ao respeito pela Carta dos Direitos Fundamentais desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa e, enquanto instituição da União Europeia, ficará vinculada à CEDH *após* a adesão.

143. O direito de pedir o reenvio decorre do art. 234, par. 2, do TFUE; de proceder ao mesmo encontra-se no nº 3 do mesmo dispositivo.

144. Vd., p. ex.: AMBOS/RACKOW 2009, p. 400.

que o *TJUE* vai continuar desenvolvendo a sua jurisprudência sobre os princípios gerais do direito e, especialmente, sobre os direitos da defesa. Por outro lado, o Tratado de Lisboa prevê que a UE pode aderir à CEDH.[145] Todavia, as modalidades de tal adesão parecem pouco claras até o momento, nomeadamente no tocante ao mecanismo de funcionamento conjunto dos dois sistemas juntos – CEDH e padrão de direitos fundamentais europeu.[146] Por isso, é possível imaginar diferentes caminhos, por meio dos quais se pode receber os direitos da defesa desenvolvidos no art. 6, nº 3, als. b) e c), da CEDH, através da aplicação do art. 48 da Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

Em segundo lugar, nem os princípios jurídicos desenvolvidos no âmbito da UE, nem as garantias da CEDH constituem base suficiente para um código europeu global sobre a defesa em processo penal. Isso porque a Convenção de Direitos Humanos não foi concebida como um abrangente conjunto de regras de processo penal ou de defesa penal, e sim para proteger poucos, mas essenciais, direitos fundamentais e humanos. O Tribunal de Estrasburgo preparou um pacote considerável de direitos da defesa, mas sempre em correção de casos individuais em diversos ordenamentos processuais. Diferentemente do que tem ocorrido até o momento em Estrasburgo, em Luxemburgo deve-se lutar futuramente, no entanto, não por uma correção pontual dos sistemas nacionais através de um padrão europeu, mas sim por um genuíno direito de defesa europeu em que há divisão de trabalho entre diferentes países. Uma guerra de guerrilhas talvez mostre-se apropriada para derrubar um sistema, mas não para criar um outro em sua substituição. Não compete aos advogados e advogadas de defesa reivindicar primeiramente o "respeito dos direitos da defesa" em casos individuais, para depois poder trabalhar sobre essa base. Além disso, o TJUE dificilmente seria capaz de eliminar o atual desequilíbrio entre persecução e defesa recorrendo apenas à cláusula constante do art. 48 da Carta dos Direitos Fundamentais.

5.2 A responsabilidade do legislador europeu

Na verdade, é da responsabilidade natural do legislador europeu ponderar liberdade e segurança sob formas jurídicas de proteção. Uma defesa em pro-

145. Art. 6, par. 2, do TUE.

146. Não apenas o caminho procedimental é discutível, mas também o conteúdo da questão, se o TEDH vai renunciar a sua doutrina da *equivalent protection*, segundo a qual – até quando a UE garantir pelo menos direitos fundamentais equivalentes – presume-se que a CEDH não foi ofendida. Essa presunção pode e deve ser refutada em casos individuais, nomeadamente quando a proteção de direitos da CEDH é "claramente insuficiente". TEDH, acórdão de 30.06.2005, Az.: 45 036/98 – Bósforo/Irlanda = NJW 2006, p. 197.

cesso penal efetiva deveria não apenas ser garantida em casos individuais, mas sim constituir a precursora da política criminal europeia.[147]

Teoricamente, o legislador sempre teve consciência dessa responsabilidade.[148] Falta somente – até agora – a implementação vinculativa na prática jurídica. O "roteiro para o reforço dos direitos processuais dos acusados em processos penais" de novembro de 2009[149] levantou de novo a questão e identifica pontos específicos que futuramente deverão ser regulamentados por uma diretiva da UE. Os direitos mínimos que se encontravam por lá arbitrariamente agrupados (por exemplo, o direito é interpretação[150] ou informação sobre "direitos elementares") deixam pouca esperança relativamente a uma regulamentação adequada da defesa penal no âmbito da UE –[151] e reforçam a desconfiança da Alemanha frente ao estilo "caldeirada de Bruxelas".[152]

Além disso, não é clara a legitimação de que as normas processuais penais europeias deveriam revestir-se – independentemente de elas parecerem simpáticas ou hostis à defesado que as normas homólogas existentes nos ordenamentos nacionais.[153] Em princípio, aceita-se que casos europeus devem ser decididos também em nível europeu. Uma alusão a este problema encontra-se no acórdão do Tribunal Constitucional alemão sobre o Tratado de Lisboa:[154]

147. Vd. nota 128; Em pormenor: Klip, op. cit., 2009, p. 214 ss.; Vogel; Matt, op. cit., 2007, p. 207.

148. Cf., por exemplo, Conclusões de Tampere, nm. 37; Programa de Haia de 2004 Nr. III 3.3.1; Roteiro nm. 8 ss. (JO C 295 de 04.12.2009, 1).

149. JO C 295 de 04.12.2009, 1.

150. A este respeito, por exemplo: vd.: Iniciativa do Reino da Bélgica, da República Federal da Alemanha, da República da Estônia, do Reino da Espanha, da República Francesa, da República Italiana, do Grão-Ducado do Luxemburgo, da República da Hungria, da República da Áustria, da República Portuguesa, da Romênia, da República da Finlândia e do Reino da Suécia, tendo em vista a adoção da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos à interpretação e à tradução no âmbito do processo penal, JO C 69 de 18.03.2010, 1.

151. Braum, op. cit., 2003, p. 580; Schünemann, op. cit., 2004, p. 193.

152. Vd. a avaliação de entrevistas com profissionais por Wahl, 2009, p. 115 ss.

153. Braum, op. cit., 2003, p. 578.

154. BVerfGE 123, 267, nm. 358: "Porque as normas de direito penal e de processo penal tocam de forma particularmente sensível a autodeterminação democrática, as bases da competência para legislar nessa matéria previstas pelos Tratados devem ser objecto de uma interpretação estrita – nunca extensiva – e a sua utilização requer uma justificação especial (...)"; v. a este respeito: Böse, 2010, p. 85.

as condições processuais penais sob as quais se alcança uma decisão condenatória têm que se legitimar através de um procedimento deliberativo social[155] e as disposições europeias também necessitam de um debate político-jurídico e de uma legitimação democrática.[156] Se se for da opinião de que tal legitimação não existe atualmente, de modo suficiente, em nível da UE, o caminho parece estar fechado ao legislador europeu. Quem acreditar, porém, que após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa por força do art. 82, par. 2, do TFUE existe uma competência legislativa suficientemente legítima, não deveria aqui bastar-se – diferentemente do Tribunal Constitucional alemão – com a reivindicação de uma utilização restritiva da competência legislativa. A Alemanha não tem que apenas perder na Europa. Perante o desenvolvimento da persecução penal transfronteiriça[157] parece urgente uma regulamentação visionária para desenvolver uma defesa penal de dimensão europeia, que tem que ser mais do que a soma de todos os componentes nacionais visando a alcançar um resultado mínimo. . Tal regulamentação não pode ser uma "caldeirada" de baixo nível, e sim ser a base jurídico-processual para uma defesa que trabalhe em igualdade de condições com a persecução penal transfronteiriça.[158]

Tal novo conceito de uma defesa penal de dimensão europeia deve abranger necessariamente três elementos:

1. Uma cooperação transfronteiriça de advogados e advogadas de defesa que, independentemente de um processo individual, permita a troca de informações relevantes de forma institucional, através de um serviço central, bem como a coordenação internacional de processos;

---

155. BVerfGE 123, 267, nm. 358, 353: "A administração da justiça penal – tanto no que diz respeito aos pressupostos da punição, como às representações de um processo penal justo e adequado – depende de pré-compreensões culturais, historicamente segregadas e linguisticamente determinadas, bem como das alternativas que se formam no procedimento deliberativo"; com referência a WEIGEND, 1993, p. 785.

156. BverfGE 51, 324 (343).

157. No entanto, se o Tribunal Constitucional alemão reconhece, no essencial, a luta comum contra a criminalidade transnacional por intermédio da cooperação internacional e da aproximação do direito processual penal, tem que reconhecer também a necessidade de uma defesa penal europeia. vd. BVerfG, acórdão de 30.06.2009, 2 BvR 1010/2008, nm. 358 s.; no mesmo sentido: BÖSE, op. cit., p. 85; em sentido contrário: KUBICIEL, 2010, p. 99 ss.

158. Vd. também a Resolução Final da Associação Alemã de Advogados; MEHLE, 2005, p. 376 ss.; MADIGNIER, 2003, p. 131; BENDLER, 2003, p. 133; POLAKIEWICZ, op. cit., p. 13.

2. Direitos processuais e da defesa europeus que possibilitem em cada fase uma defesa penal eficiente no espaço jurídico europeu. Para tanto, é necessário levar em consideração não só o aspecto transnacional dos instrumentos europeus, mas também as suas peculiaridades. Em processos, por exemplo, em que se aplica um instrumento de reconhecimento mútuo, é necessária uma dupla nomeação de defensor, no Estado de emissão e no Estado de execução, desde o início do processo preliminar (Vorverfahren).[159] *Nesses casos, os direitos do acusado e os fundamentos do recurso contra a decisão de privação da liberdade têm que ser uniformes, e o direito de consultar os autos tem que ser dotado de eficácia transfronteiriça;*

3. Para além de melhorias formais, são também necessárias medidas compensatórias para que pessoas afetadas pela execução de decisões no espaço europeu possam confiar na sua defesa. Confrontadas com um ordenamento jurídico estrangeiro, com um outro idioma e com um código de conduta desconhecido, etc., as pessoas precisam encontrar a segurança emocional que lhes possibilite uma defesa eficaz.

6. CONCLUSÃO

A Europa tornou-se uma realidade jurídica – e, no entanto, permaneceu um desafio, do qual a defesa em processo penal não pode e não deve subtrair-se.

As advogadas e os advogados têm muito que agradecer à CEDH: a correção de deficiências nos seus respectivos sistemas nacionais – e, sobretudo, a ideia e a experiência de que um padrão europeu comum é possível e nem sempre é pior que o sistema alemão.

Contudo, na Europa integrada da UE, as advogadas e os advogados de defesa necessitam de outra coisa: não de regras nacionais sobre defesa em processo penal pontualmente corrigidas pelo direito da UE, mas sim de uma defesa estabelecida a nível nacional sujeita à orientação da UE. Só desse modo ela poderá contrabalançar eficazmente, a longo prazo, a persecução penal transnacional.

O maior desafio é desenvolver tal visão e implementá-la, porque na Europa a defesa penal é confrontada com regimes diferentes que se sobrepõe, com frequentes iniciativas de diversos grupos de interesses. A Europa não só fala a duas vozes, *TEDH* e UE,[160] como também em todo o lado, com diversos tons, através de canais diferentes, de forma confusa e em demasia. Mas a defesa já compreendeu há tempos esse desafio não deixará de lembrar, mais cedo ou mais tarde, aquilo que é bem conhecido e comprovado: um processo penal

159. SALDITT, op. cit., p. 137.

160. Cf. WEIGEND, op. cit., 2001, p. 63 ss.

justo com uma defesa eficaz precisa de mecanismos de proteção, precisa de uma previsibilidade com um alcance europeu e de fiabilidade nas regras para garantir uma paridade de armas com a persecução penal.[161] A Europa permanece um desafio. É isso que a faz tão fascinante.

Na mitologia grega, a história que começa com a confusão de Zeus, termina com um ordenamento legal. Diz a lenda que um filho de Europa (e de Zeus) – Radamanto – elaborou um excelente código de leis, que deu segurança jurídica primeiro aos cretenses e depois a outros povos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

7.1 Literatura jurídica

AMBOS, Kai; RACKOW, Peter. Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das Europäische Strafrecht. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. vol. 8-9/2009. p. 397-405.

ASP, Petter. Der Europäische Haftbefehl. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Hrsg.). *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege – A Programme for European Criminal Justice*. Köln: Carl Heymanns, 2006.

BENDLER, Wolfgang. Verteidigungsrechte im Konzept des vergemeinschafteten Ermittlungsverfahrens unter Führung der Europäischen Staatsanwaltschaft am Beispiel des Beweisrechts. *Strafverteidiger* 2003.

BEULKE, Werner. Konfrontation und Strafprozessreform. In: HANACK, Ernst-Walter et al (Hrsg.). *Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002*. Berlin: Walter de Gruyter, 2002.

BOHNERT, Jean-François; LAGODNY, Otto. Art. 54 SDÜ im Lichte der nationalen Wiederaufnahmegründe – Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 10. 6. 1999 – 4 StR 87/98. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 12/2000. p. 636 ss.

BÖSE, Martin. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon und ihre Bedeutung für die Europäisierung des Strafrechts. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, vol. 2/2010. p. 76-91.

BRAUM, Stefan. Aufbruch oder Abbruch europäischer Strafverteidigung? *Strafverteidiger* 2003. p. 576 ss.

_____. Das Prinzip gegenseitiger Anerkennung – Historische Grundlagen und Perspektiven europäischer Strafrechtsentwicklung. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2005. p. 681 ss.

DANNECKER, Gerhard. Das Europäische Strafrecht in der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. In: ROXIN, Claus et al (Hrsg.). *50 Jahre*

161. Cf. HEGER, op. cit., p. 408.

Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft. vol. 4. p. 339 ss. München: Verlag C.H. Beck, 2000.

DONATH, Annekatrin; MEHLE, Bastian. Anwaltliche Pflichten nach dem Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz. *Neue Juristische Wochenschrift 2009*, n. 10, p. *650 ss.*

EISELE, Jörg. Die Berücksichtigung der Beschuldigtenrechte der EMRK im deutschen Strafprozess aus dem Blickwinkel des Revisionsrechts. *Juristische Rundschau* 2004. p. 12-20.

ESSER, Robert. Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht. Berlin: De Gruyter Recht, 2002.

_____. *EGMR, 17.11.2005 – 73047/01: Verurteilung wegen Beteiligung an der Entführung der Lufthansa-Maschine Landshut auf Grund anonymer Zeugen. Neue Zeitschrift für Strafrecht, vol. 12/2007. p. 103 ss.*

_____. EU-Strafrecht ohne EU-richterliche Kontrolle – Individualrechtsschutz durch den EuGH? *StrafRechtsReport* 2010. p. 133-138.

_____. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte. In: AHLBRECHT, Heiko et al. *Internationales Strafrecht in der Praxis*. Heidelberg: C.F. Müller, 2008.

FOLZ, Hans-Peter. Karlsruhe, Lissabon und das Strafrecht – Ein Blick über den Zaun. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. vol. 8-9/2009. p. 427-431.

FRÄNDE, Dan. Zu den Haftgründen eines Europäisches Haftbefehls. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Hrsg.). *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege – A Programme for European Criminal Justice*. Köln: Carl Heymanns, 2006.

GAEDE, Karsten. *Fairness als Teilhabe: das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäss art. 6 EMRK: ein Beitrag zur Dogmatik des fairen Verfahrens in europäischen Strafverfahren und zur wirksamkeitsverpflichteten Konventionsauslegung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts auf Verteidigerbeistand*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

_____. Konfrontationsrecht; tatsächlich unmögliche Befragung; Gesamtbetrachtung beim fairen Verfahren; Unerreichbarkeit; Verhältnismäßigkeit; „Landshut Entführung"; zu EGMR Beschwerde-Nr. 73047/01 v. 23.11.2005 – Haas v. Deutschland. *Juristische Rundschau* 2006. p. 292 ss.

_____. *Nullum judicium sine lege* – Die völkerrechtliche Bindung eines gemeinschaftsrechtlichen Sonderstrafverfahrens an das Potential der Europäischen Konvention für Menschenrechte und Grundfreiheiten. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 115 (2003). p. 845 ss.

GENTZIK, Daniel. *Die Europäisierung des deutschen und englischen Geldwäschestrafrechts: eine rechtsvergleichende Untersuchung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

GLESS, Sabine. Brauchen neue Vollzugsräume neue Kontrollformen? Zur Ent-Rechtlichung europäischer Strafverfolgung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 114 (2002). p. 636-656.

_____. Police and Judicial Cooperation between the European Union Member States. Results and Prospects. In: FIJNAUT, Cyrille; OUWERKERK, Jannemieke (Hrsg.). *The Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*. Leiden/Boston: 2009.

_____. Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 116 (2004). p. 353-367.

_____. Zur "Beweiswürdigungs-Lösung" des BGH. *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, n. 49. p. 3606-3607.

_____; SCHAFFNER, Daniel. Judicial review of freezing orders due to a UN listing by European Courts. In: BRAUM, Stefan; WEYEMBERGH, Anne (Hrsg.). *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen, The judicial control in EU cooperation in criminal matters*. Bruxelles: l'Université de Bruxelles, 2009.

_____; ZEITLER, Helge Elisabeth. Fair Trial Rights and the European Community's Fight against Fraud. *European Law Journal* 2001. p. 219-237.

HARATSCH, Andreas. Die *kooperative Sicherung der Rechtsstaatlichkeit durch die mitgliedstaatlichen* Gerichte und Gemeinschaftsgerichte aus mitgliedstaatlicher Sicht. In: MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; SCHEUING, Dieter H. (Hrsg.). *Gemeinschaftsgerichtsbarkeit und Rechtsstaatlichkeit. Zeitschrift Europarecht* 2008, Beiheft 3. p. 81-107.

HECKER, Bernd. *Europäisches Strafrecht*. 2. ed. Berlin: Springer, 2007.

HEGER, Martin. Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon Eine Durchsicht des (wohl) kommenden EU-Primärrechts vor dem Hintergrund des Lissabon-Urteils des BVerfG vom 30.6.2009. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, vol. 8-9/2009. p. 408-417.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten. *Neue Juristische Wochenschrift. 1954*. p. 783 ss.

JOKISCH, Jens. *Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren – Die Überlegungen des deutschen Strafprozessrechts durch das Europäische Gemeinschaftsrecht, dargestellt anhand ausgewählter Problemfälle*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

JUNG, Heike. Strafverteidigung in Europa. *Strafverteidiger* 1990. p. 509-517.

KAIFA-GBANDI, Maria. Aktuelle Strafrechtsentwicklung in der EU und rechtsstaatliche Defizite. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Hrsg.). *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege – A Programme for European Criminal Justice*. Köln: Carl Heymanns, 2006.

KEMPF, Eberhard. Der Europäische Staatsanwalt: Freier Fuchs im freien Hühnerstall? *Strafverteidiger* 2003. p. 128 ss.

KINZIG, Jörg. *Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland.* Neue Zeitschrift für Strafrecht, *vol. 5/2010. p.* 233-239.

KLIP, André. *European Criminal Law: An Integrative Approach.* Antwerp: Intersentia, 2009.

_____. Strafrecht in der Europäischen Union. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 117 (2005). p. 889 ss.

KUBICIEL, Michael. *Das "Lissabon" – Urteil und seine Folgen für das Europäische Strafrecht. Goltdammer's Archiv für Strafrecht.* 2010. p. *99-114.*

KÜHNE, Hans-Heiner. Die Rechtsprechung des EGMR *als Motor für eine Verbesserung des Schutzes von Beschuldigtenrechten in den nationalen Strafverfahrensrechten der Mitgliedstaaten. Strafverteidiger.* 2001. p. 73.

LAGODNY, Otto. Teileuropäisches *ne bis in idem* durch art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ). *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 6/1997. p. 265-266.

LAMBERT-ABDELGAWAD, Elisabeth; WEBER, *Anne.* The Reception Process in France and Germany. In: KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (eds.). *A Europe of Rights: The impact of the ECHR on national legal systems.* New York: Oxford University Press, 2008.

LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne. Première confrontation de la detention de sûreté à la Convention EDH: l'arrêt M c/ Allemagne du 17 décembre 2009. *Actualité Juridique Pénal* 3/2010. p. 129.

LÖÖF, Robin. Shooting from the Hip: Proposed Minimum Rights in Criminal Proceedings throughout the EU. *European Law Journal*, vol. 12. p. 421-430. 3. ed., May 2006.

LÜDERSSEN, Klaus. Wer will das bessere Europa? In: SCHÜNEMANN, Bernd (Hrsg.). *Alternativentwurf europäische Strafverfolgung.* Berlin: Heymanns, 2004.

MADIGNIER, Bertrand. Verteidigungsrechte im Grünbuch aus französischer Sicht. *Strafverteidiger.* 2003. p. 131-133.

MEHLE, Bastian. Zeipunkt und Umfang notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

MEYER, Frank.Aussagefreiheit und gegenseitige Anerkennung. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht.* 2007. p. 15-35.

MITCHELL, Jonathan. Eine Entgegnung auf das Konzept des „Eurodefensors" als Mittel zur Stärkung der Strafverteidigung in transnationalen Strafverfahren (Korreferat). In: SCHÜNEMANN, Bernd (Hrsg.). *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege – A Programme for European Criminal Justice.* Köln: Carl Heymanns, 2006. p. 191-204.

MITSILEGAS, Valsamis. *EU Criminal Law.* Oxford: Hart Publishing, 2009.

MÜLLER, Henning Ernst. Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention. *Strafverteidiger*, vol. 4/2010. p. 207 ss.

NESTLER, Cornelius. Europäische Strafverteidigung bei transnationalen Strafverfahren. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Hrsg.). *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege – A Programme for European Criminal Justice*. Köln: Carl Heymanns, 2006. p. 166-180.

NOWAK, Manfred. *Einführung in das internationale Menschenrechtssystem*. Wien: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2002.

NÜRNBERGER, Silke. Die zukünftige Europäische Staatsanwaltschaft – Eine Einführung. *Zeitschrift für das Juristische Studium*, vol. 5/2009. p. 494-505.

PETERS, Anne. *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention: mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz*. München: Verlag C.H. Beck, 2003..

_____. Wie wichtig ist Strassburg? *Betrifft Justiz* 22 (2007). p. 106-111.

POLAKIEWICZ, Jörg. Durchsetzung von EMRK-Standards mit Hilfe des EU-Rechts?/Chancen und Risiken erläutert am Beispiel der Verfahrensgarantien in Strafverfahren. *Europäische Grundrechte Zeitschrift*. 2010. p. 11-20.

RACKOW, Peter. Strafrechtsergänzende Europäische Terrorismusbekämpfung. Überlegungen aus Anlass der Entscheidung des EuGH v. 3. September 2008 in Sachen Kadi u. Al-Barakaat (C-402/05 P u. C-415/05 P). *Strafverteidiger*. 2009. p. 721-726.

RADTKE, Henning; BUSCH, Dirk. Transnationaler Strafklageverbrauch in der Europäischen Union – EuGH, Urt. v. 11. 2. 2003. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 6/2003. p. 281-288 ss.

RENZIKOWSKI, Joachim. Fair trial und anonymer Zeuge. *Juristenzeitung*. 1999. p. 605 ss.

RIXEN, Stefan. BVerfG, 15.9.1999 – 2 BvR 2360/95: Verfassungsmässigkeit körperlicher Eingriffe (Ls.) (mit Anmerkungen Rixen). *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 7/2000. p. 381-382.

ROTH, Robert; THALMANN, Vanessa. La Cour européenne des droits de l'homme, le Tribunal fédéral et le droit transitoire des mesures de sûreté. *Forumpoenale*, vol. 3/2009. p. 175 ss.

ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*. 24. ed. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995.

_____; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*. 26. ed. München: Beck, 2009.

SALDITT, Franz. Doppelte Verteidigung im einheitlichen Raum. *Strafverteidiger*. 2003. p. 136 ss.

SATZGER, Helmut. *Internationales und europäisches Strafrecht*. 3. ed. München: Beck, 2009.

SCHOMBURG, Wolfgang. Strafsachen in der europäische Union. *Neue Juristische Wochenschrift* 8/1999. p. 540-543.

_____ et al. *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*. 4. ed. München: C.H. Beck, 2006.

SCHUSKA, Frederek. *Die Rechtsfolgen von Verstössen gegen Art. 6 EMRK und ihre revisionsrechtliche Geltendmachung*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. Bürgerrechte ernst nehmen bei der Europäisierung des Strafverfahrens! *Strafverteidiger*. 2003. p. 116-122.

_____. Fortschritte und Fehltritte in der Europäisierung der Strafrechtspflege. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. 2004. p. 193-209.

_____. Verteidigung in Europa. *Strafverteidiger*. 2006. p. 361-368.

SIEBER, Ulrich. Die Zukunft des Europäischen Strafrechts – Ein neuer Ansatz zu den Zielen und. Modellen des europäischen Strafrechtssystems. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 121, 2009. p. 1-67.

SOMMER, Ulrich. Auswirkungen des Schengener Übereinkommes für die Strafverteidigung. *Strafverteidiger Forum*. 1999. p. 37-40.

_____. Die Europäische Staatsanwaltschaft. *Strafverteidiger*. 2003. p. 126.

_____. *Die Rezeption der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte durch die Strafsenate des Bundesgerichtshofs*. Vortrag auf dem Strafverteidiger Frühjahrssymposium am 20. April 2002 in Leipzig.

_____. Geldwäschemeldungen und Strafprozess. *Strafverteidiger Forum*. 2005. p. 327-334.

STEIN, Sybil. Ein Meilenstein für das europäische *ne bis in idem*. *Neue Juristische Wochenschrift*. 2003. p. 1162.

TIGROUDJA, Hélène; PANOUSSIS, Ioannis K. *La cour interaméricaine des droits de l'homme: analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*. Bruxelles: Bruylant, 2003.

TRECHSEL, Stefan. *Human rights in criminal proceedings*. Oxford: University Press, 2005.

WAHL, Thomas. The perception of the principle of mutual recognition of judicial decisions in criminal matters in Germany. In: VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, Gisèle; SURANO, Laura; WEYEMBERGH, Anne (Hrsg.). *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*. Brussels: L'Université de Bruxelles, 2009.

WARNKING, Vera. *Strafprozessuale Beweisverbote in der Rechtsprechung der Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2009.

WEIGEND, Thomas. Die Europäische Menschenrechtskonvention als deutsches Recht – Kollisionen und ihre Lösung. *Strafverteidiger*. 2000. p. 385 ss.

_____. Spricht Europa mit zwei Zungen? *Strafverteidiger*. 2001. p. 63 ss.

_____. *Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 105 (1993). p. 774-802.

WHITE, Robin; OVEY, Clare. *The European Convention on Human Rights*. 5. ed. Oxford/New York: Oxford University Press, 2010.

WOHLERS, Wolfgang. Legalität und Opportunität im teilharmonisierten europäischen Strafverfahren und der Grundsatz ne bis in idem. In: MÜLLER, Henning Ernst (Hrsg.). *Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 2009.

_____. Notwendige Verteidigung im Ermittlungsverfahren – Die Bedeutung des Rechts auf konkrete und wirksame Verteidigung i.S.d. Art. 6 Abs. 3 lit. c) EMRK als Massstab für die Auslegung des § 141 Abs. 3 stopp. In: ROGALL, Klaus et al (Hrsg). *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*. Neuwied: Luchterhand, 2004. p. 713 ss.

VOGEL, Joachim; MATT, Holger. Gemeinsame Standards für Strafverfahren in der Europäischen Union. *Strafverteidiger*. 2007. p. 206-214.

_____; NOROUZI, Ali. Europäisches *ne bis in idem* – EuGH NJW 2003, 1173. *Juristische Schulung*. 2003. p. 1059-1062.

ZIEGER, Matthias. Akteneinsichtsrecht des Verteidigers bei Untersuchungshaft. *Strafverteidiger*. 1993. p. 320 ss.

7.2 Legislação

ALEMANHA. Gerichtsverfassungsgesetz de 12.09.1950.

BRASIL. Dec. 678, de 06.11.1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22.11.1969.

_____. Decreto Legislativo 89, de 03.12.1998. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no § 1.º do art. 62 daquele instrumento internacional.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 04 de novembro de 1950.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Aprovado pela Resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979.

UNIÃO EUROPEIA. Acordo de Schengen assinado em 14.06.1985 entre os Governos dos Estados da União Econômica Benelux, da República Federal Alemanha e da República Francesa Relativo à Supressão Gradual dos Controles nas Fronteiras Comuns. JO L 239 de 22.09.2000. p. 13-18.

_____. Convenção de aplicação do Acordo de Schengen, de 14.06.1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, assinada em Schengen em *19.06.1990. JO L 239 de 22.09.2000. p. 19-62.*

_____. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. *JO* C 361 de *18.12.2000.* p. 1-22.

_____. Tratado de Amesterdão que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos relativos a esses Tratados – Protocolos anexos ao Tratado da União Europeia e ao Tratado que institui a Comunidade Europeia – Protocolo que integra o Acervo de Schengen no âmbito da União Europeia. JO C 340 de 10.11.1997. p. 93.

_____. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. JO C 83/47 de 30.03.2010.

_____. Versão compilada do Tratado que Institui a Comunidade Europeia. JO C 325/33 de 24.12.2002.

7.3 Casos

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht, acórdão de 30.06.2009 – *BVerfGE* 123, 267.

_____. Bundesverfassungsgericht, acórdão de 19.06.1979 – *BVerfGE* 51, 324.

_____. Bundesverfassungsgericht, acórdão de 30.06.2009, 2 BvR 1010/2008 – *BVerfG*, acórdão de 30.06.2009, 2 BvR 1010/2008.

_____. Bundesverfassungsgericht, acórdão de 20.12.2000 – 2 BvR 591/00. In: Neue Juristische Wochenschrift 2001. p. 2245 ss. – BVerfG NJW 2001, p. 2245.

_____. Bundesverfassungsgericht, acórdão de 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04. In: Strafverteidiger. 2005. p. 307-311 – *BVerfG* NJW 204, p. 3407 = StV 2005, p. 307.

_____. Bundesverfassungsgericht, 2. Kammer des 2 Senats, acórdão de 15.09.1999 – 2 BvR 2360/95. *Strafverteidiger*. 2000. p. 1-3 – *BVerfG* StV 2000, p. 1.

_____. Bundesgerichtshof, acórdão de 25.07.2000 – 1 StR 169/00 (LG Ravensburg). *Strafverteidiger*. 2000. p. 593-598 – *BGHSt* 46, 93 = StV 2000, p. 593.

_____. Bundesgerichtshof, acórdão de 11.02.1999 – 2 ARs 51/99. *Strafverteidiger* 1999. p. 240 – StV 1999, p. 240.

_____. Bundesgerichtshof, acórdão de 29.11.2006 – 1 StR 493/06 (LG München). *Strafverteidiger*. 2007. p. 66-68 – *BGHSt* 51, 150 = StV 2007, p. 66.

_____. Bundesgerichtshof, acórdão de 11.02.2000 – 3 StR 377/99 (OLG Frankfurt). Strafverteidiger. 2000. p. 649-652 – *BGH* BJW 2000, p. 1661 = StV 2000, p. 649.

BRASIL. *STF*. HC 94.013/SP, 1.ª T., j. 10.02.2009, rel. Min. Carlos Ayres Brito, *DJe* 13.03.2009.

_____. *STF*. HC *96.640*-3/SP, 2.ª T., j. 31.03.2009, rel. Min. Ellen Gracie, *DJe* 24.04.2009.

Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Caso *Escher e outros*, sentença de 06.07.2009.

_____. Caso *Gomes Lund e outros*, sentença de 24.11.2010.

_____. Caso *Nogueira de Carvalho e outro*, sentença de 28.11.2006.

_____. Caso *Sétimo Garibaldi*, sentença de 23.09.2009.

_____. Caso *Ximenes Lopes*, sentença de 04.07.2006.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (COMISSÃO IDH). Caso n. 12.328 – *Adolescentes custodiados pela Febem*, Relatório n. 39/2002, de 09.10.2002.

_____. Caso n. 12.058 – *Gilson Nogueira Carvalho*, Relatório n. 61/2001, de 03.10.2000.

_____. Caso n. 12.051 – *Maria da Penha Maia Fernandes*, Relatório n. 54/2001, de 04.04.2001.

_____. Caso n. 11.517 – *Diniz Bento da Silva*, Relatório n. 101/2001, de 15.10.2001.

_____. Caso n. 11.405 – *Newton Coutinho Mendes*, Relatório n. 59/1999, de 13.04.1999.

_____. Caso n. 11.289 – *José Pereira*, Relatório n. 95/2003, de 24.10.2003.

_____. Caso n. 10.301 – *Parque São Lucas*, Relatório n. 40/2003, de 08.10.2003.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). Applications 7572, 7586, 7587/76 – *Ensslin, Baader, Raspe/Alemanha*.

_____. Acórdão de 17.12.2009 – *M./Alemanha*.

_____. Acórdão de 16.09.2009, T-305 até 307/94, T-313 até 316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94.

_____. Acórdão de 10.03.2009 – *Bykow/Rússia*.

_____. Acórdão de 03.05.2007, C-303-05. *Strafverteidiger*. 2007. p. 362 – StV 2007, p. 362.

_____. Acórdão de 23.04.1997 – *Van Mechelen e outros/Holanda*. *Strafverteidiger*. 1997. p. 671 – StV 1997, p. 671.

_____. Acórdão de 11.07.2006 – *Jalloh/Alemanha*. *Strafverteidiger*. 2006. p. 617 – NJW 2006, p. 3117 = StV 2006, p. 617.

_____. Acórdão de 17.11.2005 – *Haas/Alemanha*. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2007. p. 103 – NStZ 2007, p. 103.

_____. Acórdão de 21.09.2005, T-315/01.

_____. Acórdão de 21.09.2005, T-366/01.

_____. Acórdão de 30.06.2005 – *Bósforo/Irlanda. Neue Juristische Wochenschrift* 2006. p. 197 – NJW 2006, p. 197.

_____. Acórdão de 13.02.2001 – *Garcia Alva/Alemanha. Strafverteidiger* 2001. p. 201 – StV 2001, p. 201.

_____. Acórdão de 13.02.2001 – *Lietzow/Alemanha. Strafverteidiger* 2001. p. 201 – StV 2001, p. 201.

_____. Acórdão de 13.02.2001 – *Schöps/Alemanha. Strafverteidiger* 2001. p. 201 –StV 2001, p. 201.

_____. Acórdão de 26.03.1996 – *Doorson/Holanda. Österreichische Juristen-Zeitung* 1996. p. 715 – ÖJZ 1996, p. 715.

_____. Acórdão de 25.09.1992, Série A237-B – *Croissant/Alemanha.*

_____. Acórdão de 29.03.1990 – *Kostovski/Holanda. Strafverteidiger* 1990. p. 481 – StV 1990, p. 481.

_____. Acórdão de 30.03.1989 – *Lamy/Bélgica. Strafverteidiger* 1993. p. 283 – StV 1993, p. 283.

_____. Acórdão de 25.04.1983, Série A64 – *Pakelli/Alemanha.*

_____. Acórdão de 07.02.1979, 136/78 – *Auer.*

_____. Acórdão de 15.07.1964 – *Costa/E. N. E. L.*

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (TJUE). Acórdão de 11.12.2008, C-297/07 – *Bourquain.*

_____. Acórdão de 18.07.2007, C-288/05 – *Kretzinger.*

_____. Acórdão de 26.06.2007, C-305-05 – *Franz.-dt. Rechtsanwaltskammer Belgien/Ministerrat Belgien.*

_____. Acórdão de 10.03.2005, C-469/03 – *Miraglia.*

_____. Acórdão de 11.02.2003, C-187-01, C-385/01 – *Mellone/Comissão.*

_____. Acórdão de 28.09.2006, C-467/04 – *Gasparini e o. Strafverteidiger* 2007. p. 113 – StV 2007, p. 113.

_____. Acórdão de 22.12.2008, C-491/07 – *Turansky. Strafverteidiger* 2009. p. 169 – StV 2009, p. 169.

_____. Acórdão de 28.09.2006, C-150/05 – *Van Straaten. Strafverteidiger* 2007. p. 57 – StV 2007, p. 57.

_____. Acórdão de 05.02.1981 – 50/80. *Strafverteidiger* 1981. p. 274 ss. – StV 1981, p. 274.

7.4 Outros

BUDESMINISTERIUM DER JUSTIZ. *Bericht über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und die Umsetzung seiner Urteile in Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland im Jahr 2009.* Berlin: BMJ, 2010.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe Anual de la Comisión interamericana de derechos humanos 1998-2010.

Conclusões do advogado-geral Ruiz-Jarabo Colomer apresentadas em 12.10.1995. Processo C-476/93 P. Nutral SpA contra Comissão das Comunidades Europeias. Coletânea da Jurisprudência 1995, p. I-04125.

DEUTSCHER ANWALTVEREIN. Dav nimmt zum Gründbuch der Kommission zum Grundsatz *ne bis in idem* Stellung. In: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2006. p. 325-326 – Parecer da Associação dos Advogados Alemães sobre o Livro Verde da Comissão sobre o princípio do *ne bis in idem*, EuZW 2006).

_____. Forum „Grundrechte in Strafverfahren in Europa" am 16. September 2006 in Frankfurt/Oder. Abschlussresolution des Deutschen Anwaltvereins. n. 50/2006 – Resolução Final da Associação Alemã de Advogados.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). Reports 1998-II, §§ 9 – 23, 37 –43 – *Daud/Portugal*.

UNIÃO EUROPEIA. Alterações ao Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. *JO L 24 de 29.01.2008. p. 39-41* – JO 24 de 29.01.2008.

_____. Conselho da União Europeia. Conclusões da Presidência – Bruxelas, 04-05.11.2004. Anexo I: Programa da Haia: Reforçar a Liberdade, a Segurança e a Justiça na União Europeia – Programa de Haia de 2004.

_____. Conselho da União Europeia. Conclusões da Presidência. Conselho Europeu de Tampere. 15 e 16.10.1999 – Conclusões de *Tampere*.

_____. Iniciativa do Reino da Bélgica, da República Federal da Alemanha, da República da Estônia, do Reino da Espanha, da República Francesa, da República Italiana, do Grão-Ducado do Luxemburgo, da República da Hungria, da República da Áustria, da República Portuguesa, da Romênia, da República da Finlândia e do Reino da Suécia, tendo em vista a adoção da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos à interpretação e à tradução no âmbito do processo penal. JO C 69 de 18.03.2010. p. 1-4 – JO C 69 de 18.03.2010.

_____. Livro Verde da Comissão, de 26.04.2006, sobre a presunção de inocência [COM(2006) 174 final – Não publicado no Jornal Oficial].

_____. Resolução do Conselho, de 30.11.2009, sobre um Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais (texto relevante para efeitos do EEE). JO C 295 de 04.12.2009. p. 1-3.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A União Européia e o espaço judicial europeu: os desafios do modelo *corpus juris* 2000 e da Procuradoria Européia, de John Alois Emericus Vervaele – *RBCCrim* 40/9;
- As bases do processo penal transnacional, de Bernd Schünemann – *RBCCrim* 90/189; e
- Introdução à carta de direitos fundamentais da União Europeia, de Vital Moreira – *RBCCrim* 95/443.

60317

Os critérios utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena

7

The criteria used by judges to determine the criminal culpability of the indigenous defendant

Hélio Botelho Piovesan

Ex-aluno do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCrim. Advogado.

Área do Direito: Processual

Resumo: O presente artigo consiste em uma releitura crítica de decisões judiciais (acórdãos e decisões monocráticas), que objetiva identificar quais são os critérios e linhas argumentativas que têm sido utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade penal do réu indígena. Parte-se de uma breve explicação a respeito da legislação vigente que ainda tem tido grande aceitação nos Tribunais brasileiros, passando posteriormente pela explanação do advento de normas internacionais de direitos e garantias dos povos indígenas, para finalmente se firmar qual deve ser o papel desempenhado pelo laudo pericial antropológico na formação do livre convencimento motivado do magistrado acerca da culpabilidade do réu indígena.

Palavras-chave: Índio - Indígena - Culpabilidade penal - Laudo pericial antropológico - Livre convencimento motivado do magistrado.

Abstract: This paper is a critical review of judicial decisions (Court judgments and monocratic decisions), aiming to identify the criteria and arguments used by judges to determine the criminal culpability of the indigenous defendant. It starts with a brief explanation regarding the current legislation which is still very well accepted in Brazilian courts, then moves on to the analysis of the impact caused by the introduction of international norms regarding rights and guarantees of indigenous people in order to establish what should be the role of the anthropological expert report in the formation of the judge's free convictions on the culpability of the indigenous defendant.

Keywords: Indian - Indigenous - Criminal culpability - Expert anthropological report - Free convictions of the judge.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O sistema de direitos e garantias dos povos indígenas – 3. A culpabilidade penal do réu indígena: 3.1 (In)imputabilidade; 3.2 Potencial consciência da ilicitude e o erro de proibição; 3.3 (In)exigibilidade de conduta diversa – 4. O laudo pericial antropológico e o livre convencimento motivado do magistrado – 5. Os critérios utilizados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas – Apêndice.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende apontar e sugerir os critérios disponíveis aos magistrados para a aferição da culpabilidade, no processo criminal envolvendo réu índio.[1]

A definição de índio é dada pelo art. 3.º do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), que diz ser "todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional". O conceito do legislador do Estatuto do Índio pauta-se na diferença cultural que distingue um índio de um não índio. A *ratio legis* não está a dizer que há uma única etnia indígena, mas sim que, muito embora exista uma vasta diversidade de etnias indígenas, as quais guardam enormes diferenças entre si, não se pode negar que todas elas têm ao menos um aspecto em comum: possuem valores culturais que fazem frente aos valores culturais dos não índios.

Sendo assim, é pertinente que se indague: Como se dá a punibilidade do indígena diante da possível existência de diferentes códigos de conduta a eles aplicáveis? Em outras palavras, considerando que diferentes povos possuem distintos sistemas normativos, um índio pertencente a uma nação situada no Brasil deve ser julgado pela Lei brasileira ou pela Lei de seu povo? Ainda, vale questionar, em especial, quais são os critérios utilizados pelos magistrados para medir a culpabilidade de um réu indígena.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, a doutrina e a jurisprudência compreendiam a imputabilidade penal do índio a partir do art. 26 do CP, pelo qual é isento de pena o agente que era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, bem como a partir do art. 4.º do

1. Na doutrina de Direito indígena, há tanto autores que usam o termo "indígena" como outros que utilizam "índio", razão pela qual este artigo mencionará, indistintamente, as duas expressões.

Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973),[2] segundo o qual os índios são classificados como isolados, em vias de integração, e integrados. O entendimento adotado era no sentido de que os índios isolados eram inimputáveis, os integrados eram imputáveis, e os índios em vias de integração teriam sua responsabilidade penal aferida por meio de exame pericial, que apuraria a existência de comportamento revelador de sua integração à sociedade.

O Estatuto do Índio, que ainda está em vigor, contempla a ultrapassada política integracionista e evolucionista dos indígenas, pela qual os índios vivem em um estágio transitório que está fadado ao desaparecimento, de modo que, mais cedo ou mais tarde, eles deixarão de ser índios e alcançarão, gradualmente, a condição de civilizados. Sobre o evolucionismo, o antropólogo Celso de Castro preleciona que:

"(...) como decorrência da visão de um único caminho evolutivo humano, os povos 'não ocidentais','selvagens', ou 'tradicionais' existentes no mundo contemporâneo eram vistos como uma espécie de 'museu vivo' da história humana – representantes de etapas anteriores da trajetória universal do homem rumo à condição dos povos mais 'avançados'; como exemplos vivos daquilo 'que já fomos um dia'" (CASTRO, 2005, p. 29).

Ocorre que se tornou inconstitucional a interpretação do Estatuto do Índio que distinguia os índios entre inimputáveis e imputáveis a partir da existência de diferença étnica. Isso porque a Constituição Federal de 1988, em seu art. 231, *caput*, reconheceu aos índios "a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições", dando margem a um novo tratamento jurídico-penal acerca dos indígenas. Em homenagem à pluralidade étnica e cultural, a Carta Magna vigente passou a afirmar o direito à alteridade, ou seja, o direito de os índios serem diferentes e serem respeitados como tal, superando abordagens evolucionistas presentes na legislação brasileira.

Reforçando este novo amálgama constitucional, há normativas internacionais que asseguram o direito à diferença, em especial, os arts. 8 a 10 da Con-

2. "Art. 4.º Os índios são considerados:
I – Isolados: Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;
II – Em vias de integração: Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;
III – Integrados: Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura."

venção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual foi inteiramente integrada ao ordenamento jurídico brasileiro, em razão da aprovação pelo Decreto Legislativo 143, de 20.06.2002, e posterior promulgação pelo Decreto Presidencial 5.051, de 19.04.2004.[3]

Vale destacar que o art. 8.1 da Convenção 169 da OIT dispõe que "ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário". Conforme elucida Roberto Lemos dos Santos Filho:

" (...) este é o referencial que deve orientar a solução de questões ligadas à aferição da imputabilidade (...) Vale consignar, para análise da imputabilidade penal dos índios, é necessário tão somente perquirir se de acordo com a sua cultura e seus costumes o indígena tinha condições de compreender o caráter ilícito daquela conduta positivada como crime segundo os padrões da cultura da sociedade envolvente" (SANTOS FILHO, sem data, p. 5).

Portanto, é imperioso que, quando necessário, o magistrado requisite de ofício (ou defira o requerimento feito por qualquer das partes) a elaboração de laudos periciais por profissionais habilitados a investigar se o índio, acusado

3. "Art. 8.º: 1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.
2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste principio.
3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.
Art. 9.º:
1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.
2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.
Art. 10.º:
1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.
2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento."

como autor do fato delituoso, possuía condições de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, considerando que esse índio está imerso em cultura de costumes próprios.[4]

Com efeito, o exame antropológico é o meio de prova mais adequado, não exatamente para determinar o grau de contato que o indivíduo pertencente a um povo indígena mantinha com a sociedade envolvente, mas sim para investigar se o índio apontado como autor do crime tinha entendimento de que tal conduta era considerada ilícita, e, portanto, seria passível de punição, fora da sua cultura e fora do seu direito tradicional.

Tal exame deve, sempre que possível, aferir junto à comunidade indígena se o acusado pela prática de ilícito é reconhecido por ela como um de seus membros, oportunidade em que poderá apurar, inclusive, se o réu indígena já foi punido pelos seus pares. Segundo ensina o antropólogo Eduardo Viveiros de Castro, cabe às comunidades indígenas definirem quem é índio, de acordo com as relações de afinidade, de filiação, de vizinhança, de parentesco ritual ou religioso (CASTRO, 2006, p. 41-49).

É importante observar que, na ausência de laudo antropológico em processo criminal, a punição de um índio, que tenha cometido um ato, em situação em que ele desconhecia tratar-se de conduta tipificada como crime pelo Código Penal, representaria uma drástica penalização indevida, motivada pelo simples fato de ele ter uma cultura diferente da predominante. Ora, se a Constituição Federal e a Convenção 169 da OIT protegem a diversidade cultural, não se pode obrigar alguém que não faça parte da cultura dominante a agir de acordo com ela.

Ocorre que, no presente momento, o problema dos direitos indígenas não consiste mais no seu reconhecimento jurídico, mas em sua efetiva aplicação. A jurisprudência pátria se inclina, de forma preponderante, em sentido contrário ao da Constituição Federal. Isso porque os magistrados, via de regra, dispensam a realização de laudo pericial antropológico, afirmando que nos autos há elementos suficientes para se concluir que o acesso às informações e à forma de vida da sociedade não indígena tornou o réu um indígena integrado, portanto, imputável.[5]

4. Vale ressaltar que, em observância ao preconizado pelo art. 12, da Convenção 169 da OIT, é essencial a presença de intérprete nas oitivas do índio, indiciado ou denunciado, para que este possa compreender e se fazer compreender.

5. Acrescente-se, ainda, que, em alguns casos em que o réu índio, supostamente integrado e, portanto, considerado imputável, veio a ser condenado, não foram reconhe-

Diante desse cenário, o presente artigo científico propõe fazer uma (re)leitura crítica de acórdãos e decisões monocráticas,[6] a fim de identificar quais os critérios que têm sido utilizados, no âmbitos dos Tribunais brasileiros, para a aferição da culpabilidade penal do réu indígena, em especial, quando o magistrado dispensa a realização do laudo pericial antropológico.Uma vez obtida uma conclusão de quais são os referidos critérios, pretende-se confrontá-la com a hipótese inicial do pesquisador, qual seja, de que tais decisões são baseadas, essencialmente, em valorações subjetivas e não científicas dos magistrados acerca do índio, que longe de assegurar o respeito e o efetivo reconhecimento, mitigam a diversidade étnico-cultural dos povos indígenas.

2. O SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS DOS POVOS INDÍGENAS

O diploma legal brasileiro mais antigo a respeito dos povos indígenas, que, ainda vige, é o Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973). Como já explanado, trata-se de uma Lei que contempla a visão integracionista, a qual entende que, inexoravelmente, os índios deixarão de ser índios, e se assimilarão à cultura dos não índios. A teoria integracionista foi fonte de inspiração para o art. 6.º, III, do CC/1916 (Lei 3.071/1916), que elencava os índios entre os relativamente incapazes de praticar atos da vida civil, deu tom ao Estatuto do Índio.

Uma das críticas mais contundentes que se faz ao Estatuto do Índio é a de que o seu art. 4.º diz, implicitamente, que os índios integrados e em vias de integração à sociedade nacional devem ser tratados como imputáveis assim como qualquer cidadão não indígena, e que os índios isolados devem ser tidos como inimputáveis. Voltaremos a tratar desse assunto mais à frente.

Não obstante isso, o Estatuto do Índio contém duas regras que representam importantes direitos aos índios réus em ações penais. O art. 56 do Estatuto

---

cidos os direitos garantidos pelo Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), quais sejam, a atenuação da pena e o cumprimento da pena em regime especial de semiliberdade, na sede da Funai mais próxima da habitação do condenado. Nessas decisões judiciais, os magistrados negaram os direitos previstos na legislação indigenista, justificando que, em análise dos autos, verificaram a integração dos réus índios à sociedade, o que culmina na descaracterização da condição de índios e os torna penalmente imputáveis. Note-se que essas decisões ignoram o preceito da Antropologia acima mencionado, no sentido de que ser índio é, dentre outras coisas, ser reconhecido pela comunidade indígena como tal.

6. Decisão monocrática consiste em decisão proferida por um único magistrado, de qualquer Tribunal.

estabelece, em caso de condenação, a atenuação da pena, e que as penas de reclusão e de detenção deverão ser cumpridas em regime especial de semiliberdade, na sede da Funai mais próxima da habitação do condenado. Observe-se, contudo, que a doutrina e jurisprudência consentem que o art. 56 da Lei 6.001/1973 tem aplicação restrita apenas aos índios isolados, sendo, então, um benefício do Estatuto de alcance limitado. Já o art. 57 da Lei 6.001/1973, dispõe que será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Rompendo com a inspiração integracionista do Estatuto do Índio, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a pluralidade étnica e cultural, garantindo aos índios o direito de serem diferentes e tratados como tais. O art. 231, *caput*, é o melhor exemplo disso, quando diz expressamente que "são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições". Desse modo, a Carta Magna rechaçou a visão integracionista que prevalecia até então, e passou a impor que valores determinantes do comportamento dos indígenas fossem respeitados. Com o ingresso da "Carta Cidadã" no ordenamento jurídico brasileiro, tornou-se possível afirmar, categoricamente, que existe um regramento, vale dizer, de hierarquia constitucional, pelo qual os índios devem ser julgados de acordo com sua cultura, e que o ato cometido deve ser analisado sob a perspectiva do direito indígena e de sua cultura também.

Ao encontro com o novo tratamento esculpido pela Constituição Federal, a Convenção 169 da OIT, em vigor desde 2004, também dá aos índios o direito de preservar os seus próprios costumes e instituições, em especial, através do seu art. 5.°, *a* e *b*, que dispõem:

"Art. 5.° Ao se aplicar as disposições da presente Convenção: a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente; b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos."

Se a Constituição de 1988 foi um marco pioneiro no avanço dos direitos indígenas, a Convenção 169 da OIT, por sua vez, veio não só complementá-la como também fez mais do que aquela em prol dos direitos indígenas, tanto em termos de alcance como de conteúdo.

Em relação ao alcance, a Convenção 169 da OIT, enquanto instrumento normativo de direito internacional, foi responsável pelo surgimento de uma

política geral dirigida aos Estados signatários, obrigando-os a se comprometerem a desenvolver ações coordenadas e sistemáticas com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade. O art. 2.°, item 2, da Convenção especificou que tais ações incluem medidas: (a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população; (b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições; (c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças socioeconômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

Quanto ao conteúdo, a Convenção 169 da OIT trouxe um amplo rol de novos direitos e garantias aos indígenas. Em seu art. 8.°, item 1, ela obriga o Estado-juiz, ao aplicar a legislação nacional, como é o caso dos Códigos Penal e de Processo Penal, a levar em consideração os costumes indígenas. O item 2 do mesmo artigo diz que os povos indígenas deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional e/ou com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Por fim, o item 3 expressa que a aplicação dos itens acima não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

O mesmo se verifica no art. 9.°, item 1, o qual veicula que devem ser observados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros, na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

O art. 9.°, item 2, trouxe, de forma expressa, a incumbência de as autoridades e os tribunais, solicitados para se pronunciarem sobre questões penais, levarem em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Ademais, o art. 10, item 1, contém comando no sentido de que, para a aplicação das sanções penais previstas na legislação geral, no caso, o Código Penal brasileiro, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais. Já o item 2, deste artigo, diz, taxativamente, que se deverá dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

Do exposto, infere-se que a Constituição Federal e a Convenção 169 da OIT consolidaram um sistema de direitos e garantias dos povos indígenas, pelo qual

o magistrado não se queda à mera observação do quão integrado à sociedade o réu indígena está, mas, ao contrário disso, ganha independência para solicitar auxílio de profissionais, no caso os antropólogos, capazes de perquirir em que medida o agente indígena compreendia a norma penal que veio a desrespeitar.

Entretanto, ainda há muita resistência no Poder Judiciário à aplicação da Constituição Federal e da Convenção 169 da OIT nos casos envolvendo réus indígenas. Na maioria das vezes, os magistrados fundamentam as suas decisões apenas no Estatuto do Índio, visto que estão habituados a aplicá-lo desde 1973 e, por conseguinte, a visão integracionista está deveras arraigada entre os profissionais do direito. Apenas em casos excepcionais, os magistrados têm solicitado a produção de laudo antropológico, com fundamento nas disposições da Convenção 169 da OIT, justamente pra averiguar como aquele ato é visto dentro da cultura do indígena que cometeu o crime, e a partir dessa constatação aferir se o índio pode ser punido pela norma penal ou não.

Com vistas a modificar a realidade posta, e fazer com que os magistrados sigam uma regra pré-definida, o PL 2.057/1991, proposto pelo Deputado Aloízio Mercadante – PT, referente ao novo Estatuto das Sociedades Indígenas, que tramita no Congresso Nacional há mais de 20 anos, possui regra inovadora que prevê a realização de laudo antropológico, o qual responderia até que medida o réu índio entendeu que a conduta praticada era criminosa, bem como investigaria se o ato por ele praticado estava ou não de acordo com os valores culturais de seu povo. Se esta disposição ora projetada vier a ser consolidada em forma de Lei, o ato praticado por índio que for ao encontro dos valores culturais e costumes da comunidade a que pertence, bem como o ato que já tiver sido punido por sua comunidade, será isento de pena. Com efeito, registre-se que o Projeto de Lei 2.057/1991, vem sofrendo constantes alterações por meio de Substitutivos, os quais podem retirar tal previsão.

Feitas essas considerações, pode-se debater quais são as formas e as possibilidades de aferição da culpabilidade de um réu indígena.

3. A CULPABILIDADE PENAL DO RÉU INDÍGENA

Em termos de tratamento jurídico-penal do índio, o tema mais controverso na doutrina e na jurisprudência é a culpabilidade. Trata-se de um dos componentes do conceito de crime, pelo qual se busca fazer um juízo de censura, considerando as peculiaridades do caso concreto, se o agente poderia e deveria agir de acordo com o Direito.

A culpabilidade é subdividida em três elementos: imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Por sua vez, as três

causas que excluem a culpabilidade são: inimputabilidade, ausência de potencial consciência de ilicitude (erro de proibição inevitável), e, inexigibilidade de conduta diversa. Além dessas, a jurisprudência admite, por analogia, causas supralegais de exclusão da culpabilidade em se tratando de inexigibilidade de conduta diversa.

Serão conferidos abaixo, pois, todos esses elementos e suas respectivas excludentes.

3.1 (In)imputabilidade

A imputabilidade é a capacidade da pessoa de compreender que determinado fato não é lícito e, a partir disso, agir em conformidade com essa percepção.

De acordo com o art. 26 do CP, o inimputável é aquele que, "por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento". Soma-se a este, aqueles em estado de menoridade absoluta e embriaguez acidental e completa. Já os semi-imputáveis são aqueles que, pelos mesmos motivos acima, perdem, não totalmente, mas parcialmente, a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O inimputável, que tenha praticado fato típico e antijurídico, é absolvido de forma imprópria e receberá medida de segurança, sanção penal de duração indeterminada, a qual pode ocorrer na modalidade do tratamento ambulatorial ou da internação e cujo fundamento é a presunção de existência de periculosidade. O semi-imputável receberá atenuação da pena ou medida de segurança.

Como já foi introduzido, antes da Constituição de 1988, predominava o posicionamento no sentido de que os índios isolados (art. 4.°, I, do Estatuto do Índio) poderiam ser enquadrados no art. 26 do CP, como se fossem inimputáveis. Segundo os adeptos desse pensamento, como Aníbal Bruno e Nelson Hungria, o índio é pessoa que tem, em regra, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, por não ter compreensão das condutas punidas pelo Código Penal brasileiro. Conforme ensina Guilherme Madi Rezende:

"(...) está implícita na conceituação de que o índio tem desenvolvimento mental incompleto, a ideia assimilacionista de que a tendência do índio é a de se integrar à sociedade não índia, assimilando seus valores, sua cultura, seu modo de compreender o mundo etc. Ou seja: à medida que o índio vai se integrando à sociedade não índia, vai completando o seu desenvolvimento mental" (REZENDE, 2009, p. 74).

Considera-se tal entendimento manifestamente violador do direito à diferença, insculpido no art. 231, *caput*, da CF/1988 e nas disposições doravante mencionadas da Convenção 169 da OIT. À exceção dos índios que, efetivamente, tenham desenvolvimento mental incompleto ou retardado, aos quais se justifica a aplicação do art. 26 do CP, é forçoso reconhecer que os índios isolados, de um modo geral, possuem perfeito desenvolvimento mental. Por essa razão, é absolutamente equivocada a posição daqueles que põem os índios dentro da cláusula da inimputabilidade, como se fossem doentes mentais, sob o fundamento de eles terem um conjunto de valores que difere dos valores padrões dos não índios.

Até porque o desconhecimento do Direito pátrio não pode ensejar a decretação da inimputabilidade. Ora, basta observar que os estrangeiros que venham a cometer crimes dentro do território nacional serão, para o Código Penal, penalmente imputáveis. Neste sentido, confira-se a reivindicação feita pela liderança indígena Bino Pankararu, da comunidade indígena dos guaranis, situada na favela Real Parque, na cidade de São Paulo: "Eu sempre falo: o japonês, o africano, o alemão, quando saem da área deles, eles não deixam de ser o que são. Igualmente o índio".[7]

Acrescente-se, ainda, que considerar o índio inimputável, e por consequência torná-lo sujeito ao recebimento de medida de segurança, recai na aceitação de que qualquer conduta praticada pelo réu índio é, presumidamente, perigosa, já que a periculosidade é a característica incutida na medida de segurança.

Portanto, infere-se que tratar o índio a partir da excludente da culpabilidade por inimputabilidade não parece ser a solução mais adequada.

3.2 Potencial consciência da ilicitude e o erro de proibição

Potencial consciência ou conhecimento da ilicitude é a capacidade de o agente saber ou poder saber que a sua conduta é ilícita.

A excludente deste elemento da culpabilidade é o chamado erro de proibição sobre o caráter ilícito do fato. Segundo o art. 21, *caput*, do CP, o desconhecimento da lei é inescusável, no entanto, se a conduta do agente configurar erro de proibição inevitável, há isenção de pena a ele. Por sua vez, conforme o mesmo artigo, não se elimina o requisito do potencial conhecimento da ilicitude, mas só reduz-se de 1/6 a 1/3 a pena do agente, na hipótese de erro de

7. Os índios em plena metrópole. Disponível em: [www.revistaforum.com.br/noticias/2009/03/20/os_indios_em_plena_metropole]. Acesso em: 11.10.2010.

proibição evitável, que ocorre na circunstância em que o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

José Henrique Piarangeli e Eugenio Raúl Zaffaroni, na obra "Manual de Direito Penal Brasileiro", defendem que a inculpabilidade do réu índio deve ser vista a partir de outra excludente da culpabilidade que não a inimputabilidade. Para esses autores, a tese embasadora da inimputabilidade é merecedora de críticas, porquanto foi formulada a partir da premissa de que o índio não pode ser considerado um ser que tem desenvolvimento mental completo. Concluem, portanto, que se deve aplicar o erro culturalmente condicionado, que é um instituto não existente no direito brasileiro (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997).

O erro culturalmente condicionado preceitua que deve ser levado em consideração que o indivíduo, que tenha sido educado em uma cultura diferente, e tenha internalizado as regras de conduta desta cultura, terá dificuldade de agir de acordo com a regra posta na norma de uma outra cultura, ainda que tome conhecimento desta. É um instituto diferente do erro de proibição, uma vez que esse só ocorre quando o agente desconhece a ilicitude, e aquele se refere à situação em que o agente, mesmo conhecendo a ilicitude do fato, não a compreende, em virtude de não conseguir internalizar os valores contidos na norma que o rege. Por derradeiro, esses autores sustentam que, como consequência do acolhimento, se o erro culturalmente condicionado se perfizer no caso concreto, o juiz da causa deve isentar o réu índio de pena.

Ocorre, contudo, que na legislação brasileira, não há previsão legal do erro culturalmente condicionado, havendo apenas possibilidade de se aplicar o erro de proibição de que trata o art. 21 do CP. Os autores Bruno Heringer Junior, Janaína Conceição Paschoal e René Ariel Dotti compartilham da crítica feita ao uso do critério da inimputabilidade, e advogam pela aplicação do erro de proibição ao réu índio, principalmente porque este critério encontra respaldo da Constituição de 1988. Para eles, se a conduta do índio caracterizar erro de proibição, terá a seu favor a isenção da pena ou a redução da pena em 1/6 a 1/3, a depender de o erro ser invencível ou vencível. (HERINGER, 1998; PASCHOAL, 2010; DOTTI, 2010).

Guilherme Madi Rezende observa que a adoção do critério do erro de proibição representa um importante avanço em relação ao critério da inimputabilidade, uma vez que o primeiro supera a ultrapassada concepção integracionista que sustenta o último. Ademais, traz como vantagem a desnecessidade de qualquer alteração legislativa, já que se trata simplesmente de mudança de enfoque com que se tem interpretado o art. 21 do CP. Todavia, se por um lado se apresenta como um grande avanço, por outro lado, o erro de proibição

como solução para a inculpabilidade do índio é suscetível de algumas críticas. Como já mencionado, o erro de proibição beneficia apenas aquele índio que desconhecia a Lei penal, deixando ao alento aquele índio que, embora tivesse conhecimento, não pode agir de outro modo pelo fato de ter internalizado valores próprios de sua cultura. Ademais, nesse caso em específico, sequer se configura o erro de proibição, visto que não há falso conhecimento ou desconhecimento do ilícito, mas sim impossibilidade agir de outra forma. Portanto, para Guilherme Madi Rezende, o erro de proibição não pode ser aplicado sob a roupagem do erro culturalmente condicionado por conta desses problemas. Nas palavras dele:

"(...) entre estes problemas, menciona-se a eventual dificuldade de sua aplicação em razão da forma com que está posto no nosso Código o erro de proibição – dificuldade esta que também se manifesta na aplicação de outro critério – o que minimiza a crítica, bem como menciona-se também, e aqui com mais severidade, a impropriedade de se falar em erro o que, na verdade, erro não é, a menos que se entendam como errados os valores próprios das culturas indígenas, entendimento este que não deixa de ser etnocêntrico e, bem por isso, também passível de ser criticado" (REZENDE, 2009, p. 91).

Assim, conclui-se que assiste razão a Guilherme Madi Rezende, pois, embora a adoção do erro de proibição seja uma solução juridicamente correta e vanguardista, ela não resolve todas as situações de inculpabilidade dos índios.

3.3 (In)exigibilidade de conduta diversa

A exigibilidade de conduta diversa é o elemento pelo qual a lei penal se limita a exigir só o que era possível e esperado do agente.

Nesse caso, a excludente de culpabilidade é o inverso da exigibilidade, ou seja, a inexigibilidade de conduta diversa. No art. 22 do CP, constam duas situações em que não se considera possível exigir do agente conduta diversa, a saber, a coação moral irresistível e a estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico.

A coação moral ocorre quando o agente é obrigado por terceiro a praticar um fato típico e antijurídico. Quando a coação é irresistível, há isenção de pena ao agente coagido devido à inexigibilidade de conduta diversa, e punição ao agente coator. Quando a coação é resistível, há mera atenuação da pena ao agente coagido, consoante art. 65, III, *c*, do CP.

A obediência à ordem hierárquica consiste na situação em que o agente pratica um crime, em obediência à ordem de outrem hierarquicamente superior, em relação de emprego público. Se a ordem não for manifestamente ilegal, o

agente se encontrará em situação na qual era inexigível conduta diversa, o que afasta a culpabilidade e, assim, isentado-o de pena, enquanto que o superior hierárquico será punido. Do contrário, em sendo ordem manifestamente ilegal, o agente responderá por sua conduta, mas terá a seu favor a aplicação de atenuante, nos moldes do art. 65, III, *c*, do CP.

Além das causas que prevê o art. 22 do CP, a doutrina tem aceito causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, que, assim como as causas legais têm potencial de excluir a culpabilidade, tendo como único diferencial o fato de aquelas não estarem previstas em lei. A título de exemplo, cite-se que, no aborto do feto anencéfalo, não dá para exigir que a mulher tenha uma gestação que lhe impõe um grau de sofrimento que beira ao insuportável. Da mesma forma, no crime de apropriação indébita previdenciária, não dá para exigir outra conduta, que não a de deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, do empresário que comprovar que não tinha como pagar tributo à Previdência Social, por conta de situação de extrema dificuldade econômica. Frisa-se que não há um rol taxativo destas causas, não havendo óbices à ampliação deste rol.

No caso do tratamento jurídico do índio, Guilherme Madi Rezende propõe, como uma possível solução, a adoção do critério da inexigibilidade de conduta diversa, partindo da premissa do erro culturalmente condicionado formulado por José Henrique Piarangeli e Eugenio Raúl Zaffaroni. Em suma, Guilherme Madi Rezende sugere que seja incluída a situação do índio que age em conformidade com os seus valores culturais no rol de causas supralegais que, por inexigibilidade de conduta diversa, excluem a culpabilidade. Dessa forma, sempre que o agente for imputável, e tiver agido em conformidade com valores culturais internalizados que forem conflitantes com o Código Penal, impõe-se o afastamento da culpabilidade, ou, na hipótese em que o índio, sendo imputável e podendo conhecer a ilicitude do fato, encontra dificuldade de se portar de acordo com a norma de regência, apesar de não haver conflito entre os seus valores e o Código Penal, impõe-se a atenuação da pena.

Para ilustrar bem como se concretizaria a solução acima proposta, Guilherme Madi Rezende cita que a prática da eutanásia era aceita pelos índios guarani, conforme noticiado na obra da historiadora Thais Luzia Colaço. Em resumo, se um índio desse povo, ainda que tenha conhecimento de que praticar eutanásia é tipificado como crime pelo Código Penal brasileiro, vier a fazê-lo, orientado pelos valores dos guaranis, estará acobertado pela excludente de inexigibilidade de conduta diversa, já que agiu em conformidade com os padrões que regem o comportamento de seu povo. Se, de outro modo, um índio, cujo povo não admita a eutanásia, vier a praticá-la, não estará acobertado por essa

excludente e, com isso, isento de pena, considerando que sua conduta não se subsume com os valores do seu povo (COLAÇO, 2002).

A proposta de Guilherme Madi Rezende parece ser a que mais se coaduna com o atual sistema de direitos e garantias indígenas, composto pela Constituição de 1988 e a Convenção 169 da OIT. Isso porque ela dá o máximo de prestígio ao direito dos índios de serem diferentes e tratados pelas leis como tais. Nesse sentido, o laudo antropológico teria uma importante função, uma vez que seria um dos elementos capazes de atestar se determinada conduta é ou não admitida pelo povo ao qual pertence o réu indígena.

4. O LAUDO PERICIAL ANTROPOLÓGICO E O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO

O ordenamento jurídico brasileiro consagra o princípio da não hierarquia entre as provas processuais, o qual põe a prova científica no mesmo patamar valorativo da testemunhal.

O ordenamento também adota o princípio do livre convencimento motivado, o qual dá ao magistrado plena liberdade para julgar de acordo com o seu livre arbítrio, desde que o faça fundamentando toda decisão que proferir. Este princípio foi esculpido pelo art. 155 do CPP, que assenta: "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial (...)". A restrição à livre apreciação está prevista pelo art. 93, IX, da CF/1988, que prevê que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)".

No que se refere à avaliação da perícia, o Código de Processo Penal foi enfático ao dispor, em seu art. 182, que: "o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte". Adotou, desse modo, o sistema liberatório, que dá a prerrogativa ao magistrado de rejeitar o laudo pericial ou de acolhê-lo no todo ou em parte, sendo certo que essa decisão deve ser fundamentada, visto que ele não pode simplesmente ignorar a perícia sem qualquer embasamento técnico. Registre-se, então, que o legislador do Código de Processo Penal não quis dizer que o magistrado pode simplesmente deixar de se reportar ao laudo, como se esse não existisse, nem proferir opiniões pessoais que se sobreponham ao conhecimento científico dos peritos.

O processualista Aury Lopes Junior preleciona que "a fundamentação das decisões, a partir dos fatos provados refutáveis e de argumentos jurídicos válidos é um limitador (ainda que não imunizador) dos juízos morais" (LOPES JUNIOR, 2006, p. 287). Prosseguindo, o referido autor pontua que o sistema de garantias adotado pelo Código de Processo Penal não se coaduna com a não

motivação, e conclui dizendo que "em definitivo, o livre convencimento é, na verdade, muito mais limitado do que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso necessita de controle" (LOPES JUNIOR, 2006, p. 289).

Destaca-se que, sem prejuízo de o magistrado estar livre para julgar, conforme demonstrado, o próprio Código de Processo Penal prevê casos em que o laudo pericial é indispensável, sob pena de gerar nulidade, como, por exemplo, nos crimes que deixam vestígios. Além disso, para que seja reconhecida a inimputabilidade por doença mental, ele está obrigado a solicitar o auxílio de profissional habilitado para a elaboração de exames médico-legais, pois o legislador considera que esta tarefa demanda conhecimentos específicos que, na maioria das vezes, ficam alheios ao julgador.

Uma análise mais cuidadosa do caso particular dos laudos antropológicos se faz aqui necessária para a compreensão do que se discute nesse artigo. O laudo antropológico é uma espécie de laudo pericial, que, por sua vez, é o que se presta a demonstrar um fato. O laudo antropológico dá corpo ao exame antropológico, o qual é levado a cabo por um antropólogo, com o intuito de responder os quesitos acerca do objeto em análise. Em outras palavras, o laudo antropológico é uma peça de caráter técnico, na qual o antropólogo faz uma análise dos fatos que cercaram a ocorrência, emitindo, ao final, uma conclusão.

Sobre o fato de tal incumbência ter recaído sobre o antropólogo, a historiadora Thais Luzia Colaço ensina que:

"os laudos antropológicos foram até pouco tempo elaborados exclusivamente por profissionais de outras áreas, tais como engenheiro, agrônomo, geógrafos e advogados. A entrada dos antropólogos representou um reconhecimento de sua competência para avaliar contextos culturais específicos e também a sua habilidade para constituição de novos tipos de provas documentais com vistas a conferir ou assegurar direitos sociais" (COLAÇO, 2008, p. 184).

O antropólogo pode exercer o papel de perito oficial e de perito não oficial, tanto na Justiça Estadual como na Justiça Federal. O primeiro é aquele designado pelo magistrado, que pertence aos quadros de funcionários do Estado, por ter sido aprovado em concurso de provas e títulos. O laudo produzido por perito oficial goza de presunção relativa de veracidade e idoneidade, até que se prove o contrário. Já o segundo é o perito nomeado pelas partes para acompanhar o processo, também conhecido como assistente técnico, que, para trabalhar em Juízo, deve prestar compromisso.

Sobre a contribuição que o laudo antropológico pode vir a trazer nos processos judiciais nos quais índios sejam réus, a antropóloga Elaine Amorim declara que é:

"(...) dar voz aos índios e veicular sua perspectiva, com o intuito de evitar ao máximo que as decisões relativas às suas vidas se deem baseadas em uma visão etnocêntrica, ou seja, numa perspectiva que toma as próprias categorias ocidentais de compreensão do mundo como parâmetro de julgamento para todos os demais contextos sociais e culturais" (AMORIM, 2001, p. 254).

Nessa linha, vale observar que o magistrado não possui, e nem se exige dele que possua, conhecimentos de Antropologia a respeito das culturas e dos códigos de valores de povos indígenas, para averiguar se o índio possuía, à época do fato, condições de compreender o caráter ilícito de sua conduta e de determinar-se com esse entendimento.

Assim sendo, muito embora não haja regra processual prevendo a imprescindibilidade de laudos antropológicos para fins de conhecimento da culpabilidade do réu indígena, é de suma importância que o juiz reconheça a necessidade de se requisitar ou de deferir o requerimento das partes de elaboração de laudos antropológicos, nos processos criminais envolvendo indígenas. Agindo assim, o magistrado atende ao princípio da busca da verdade, o qual exige uma postura mais ativa do magistrado em busca da verdade dos fatos, que pode estar até mesmo fora dos autos.

Além do que a feitura de laudos antropológicos, nestas hipóteses, dá efetividade ao preceito do art. 12, segunda parte, da Convenção 169 da OIT, que determina de forma imperativa que "deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais".

Feitas essas observações, adentraremos a seguir na análise de quais tem sido os critérios invocados pelos magistrados para a aferição da culpabilidade do réu indígena.

5. OS CRITÉRIOS UTILIZADOS PELOS MAGISTRADOS PARA A AFERIÇÃO DA CULPABILIDADE DO RÉU INDÍGENA

Como recorte metodológico da pesquisa jurisprudencial, optou-se por fazer um mapeamento nacional através dos sites dos 27 Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, dos cinco Tribunais Regionais Federais, do STJ, e do STF.[8] Em seguida, foi feita pesquisa por meio das ferramentas desses sites intituladas de

8. Na pesquisa, realizada em outubro de 2010, não foram encontradas decisões relacionadas ao tema deste trabalho nos seguintes Tribunais: TJAC, TJAL, TJAM, TJAP, TJBA, TJCE, TJES, TJMG TJMS, TJPA, TJPB, TTJPE, TJPI, TJRJ, TJRN, TJSE, TJTO, TJDFT e TRF-2.ª Região.

"Pesquisa de Jurisprudência", nas quais se inseriram os termos de busca: "antropológico e índio", "antropológico e silvícola", "antropológico e indígena", "integrado e índio", "integrado e silvícola", "integrado e indígena", "imputabilidade e índio", "imputabilidade e silvícola", "imputabilidade e indígena".

A partir de um primeiro universo de acórdãos e decisões monocráticas, iniciou-se um processo seletivo consistente na leitura das ementas de todas as decisões encontradas, admitindo o pressuposto de que elas serviriam como indicadores do conteúdo integral deles. Considerou-se que 120 decisões tinham ementas pertinentes ao tema deste artigo. No entanto, constatou-se que as pesquisas com termos de busca distintos localizaram 65 decisões idênticas, razão pela qual restaram 55 decisões para fins de estudo.

Primeiramente, constatou-se que, do total de 55 decisões, 45 decisões foram fundamentadas com base na visão integracionista arraigada pelo Estatuto do Índio. Nelas, os magistrados aferiram a culpabilidade dos réus indígenas pelo critério da imputabilidade, pautando-se pelo grau de integração do índio à sociedade nacional, aplicando, portanto, o art. 4.º do Estatuto do Índio. Com efeito, em todas essas 45 decisões, foi afirmado que os réus indígenas estavam integrados ante as provas acostadas aos autos do processo, e, prosseguindo nessa linha de raciocínio, foi concluído ser desnecessária a realização de perícia antropológica, pois havia prova suficiente da integração do acusado indígena. Outrossim, nas 45 decisões, restou pacificado que a não feitura do laudo antropológico não caracteriza cerceamento de defesa.

Chama a atenção o fato de os julgadores dessas 45 decisões terem fundamentado a ocorrência da integração do réu indígena na sociedade a partir de diferentes circunstâncias, pelas quais haveria como se presumir a integração dos réus índios. A tabela abaixo aponta cada uma delas, bem como mostra os números absolutos e percentuais de quantas decisões citam tais circunstâncias.

Circunstâncias consideradas nas 45 decisões	número de decisões em que a circunstância é citada (vide apêndice)	%
Ter escolaridade[1]	28[i]	62,22
Ter atividade econômica[2]	24[ii]	53,33
Ter fluência na língua portuguesa	18[iii]	40,00
Residir em área urbana	15[iv]	33,33
Ter desenvoltura para o crime[3]	14[v]	31,11
Ter título de eleitor	13[vi]	28,89
Ter habilitação para veículo	10[vii]	22,22

Ter documento de identidade	9[viii]	20,00
Ter comportamentos de brancos[4]	7[ix]	15,56
Ter conta bancária	4[x]	8,89
Ser proprietário de imóvel	4[xi]	8,89
Ter acesso a meios de comunicação[5]	3[xii]	6,67
Fazer uso de roupas	2[xiii]	4,44
Ter certidão de nascimento	2[xiv]	4,44
Ter passaporte	1[xv]	2,22
Ter reconhecimento internacional[6]	1[xvi]	2,22
Ter relacionamentos só com brancas	1[xvii]	2,22
Ter viajado para cidades	1[xviii]	2,22

1. Compreende os alfabetizados, que sabem ler e escrever, ou que são estudantes de curso superior incompleto ou de curso técnico.
2. Abrange os que trabalham como autônomos ou com carteira assinada, bem como os índios proprietários de comércio ou empresa.
3. Inclui os índios que possuem folha de antecedentes criminais, que tenham certo nível de liderança em quadrilha, consciência da ilicitude.
4. Definidos, genericamente, como "atos corriqueiros do dia a dia em sociedade civilizada".
5. Considera-se como meios de comunicação o telefone e a televisão.
6. Trata especificamente do réu indígena que é detentor do Prêmio Global 500 da ONU, do ano de 1990, como defensor da ecologia, e que foi apontado pelo jornal "Washington Post" como "o homem que poderia salvar o mundo".

Importante observar que as 45 decisões judiciais partiram da premissa de que os índios são necessariamente indivíduos que habitam selvas e andam desnudos. Em verdade, índios são indivíduos de origem e ascendência pré-colombiana, que se identificam como tais entre si e que são identificados como pertencentes a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade e cultura predominantes. Assim, o simples contato dos indígenas com a sociedade não indígena não os torna menos índios do que são, tanto é assim que, segundo dados oficiais da Funai, há cerca de 100 mil a 190 mil índios que vivem fora de aldeias, até mesmo em áreas urbanas (SANTOS FILHO, sem data, p. 5).

Ademais, percebeu-se que, em 7 decisões[xix] (vide apêndice) do total das 55 selecionadas, os magistrados determinaram a confecção de laudos periciais antropológicos, acolhendo a alegação da defesa dos acusados no sentido de que a falta dos laudos ensejaria cerceamento de defesa. Muito embora essas decisões apresentem o aspecto positivo de não dispensarem a elaboração do laudo an-

tropológico sob a justificativa de que as provas dos autos revelam a integração, há, por outro lado, o aspecto negativo de restringirem a finalidade dos laudos antropológicos à comprovação do nível de integração dos réus na sociedade, quando, na verdade, o laudo antropológico deve prestar-se à apuração da compreensão do índio sobre a ilicitude do fato. Disso resulta que os magistrados, que proferiram essas 7 decisões, utilizaram o critério da imputabilidade para aferir a culpabilidade dos índios.

Em terceiro lugar, nota-se que, em 3 decisões[xx] (vide apêndice) do total das 55 selecionadas, os magistrados consignaram, acertadamente, ser imprescindível aferir, por meio de laudo antropológico, a consciência e a compreensão que o réu indígena tinha da ilicitude do fato, de maneira a tornar possível a eventual aplicação do art. 21 do CP, o qual prevê a isenção ou atenuação de pena pelo erro de proibição, ou, ainda, a admissão da isenção de pena pela incidência de causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Vale dizer que essas 3 decisões são modelos de efetivação do sistema de direitos e garantias dos indígenas, em especial, da Constituição de 1988 e da Convenção 169 da OIT, como será demonstrado abaixo.

Interessante mencionar a ApCrim 1.349, do TRF-5.ª Região, na qual o rel. Des. federal Araken Mariz buscou, de fato, perquirir a intenção dos índios acusados pela prática de crime de dano qualificado ocorrido em manifestação que tinha por fim obstar a implementação de determinado projeto de obras na comunidade indígena, aprovado e custeado com recursos da Funai. Para tanto, o magistrado baseou-se nas respostas aos quesitos do laudo antropológico anexado no processo, as quais, em síntese, esclarecem que os acusados não eram índios assimilados ou integrados à civilização, tendo eles identidade diferenciada da comunhão nacional, de maneira que, no seu universo, o entendimento de um ato criminoso deve estar em consonância com os seus signos e significados.[9]

---

9. Confiram-se as respostas aos quesitos do laudo antropológico juntado nos autos do processo em questão:
1) cientificamente, o grau de aculturação dos indivíduos não pode ser determinado através da mensuração do nível do contato, desconsiderando-se toda a complexidade do sistema cultural;
2) os denunciados, apesar de submetidos a um processo contínuo de adaptação a novas condições de vida, de acordo com as exigências da sociedade envolvente, não foram assimilados, permanecendo integrados a um grupo étnico diferenciado;
3) o povo Xucuru está em contato com a sociedade, inegavelmente, há muitos anos, porém toda a sua forma de expressão, assim como os mecanismos utilizados para definir as suas fronteiras, é resultante de um processo de acomodação de características internas e externas necessárias à garantia de sobrevivência de sua etnia;

Com base nas informações do laudo, o Des. federal Araken Mariz manifestou que "apesar de os índios terem participado de ação que agravou a um bem juridicamente tutelado, o fizeram por razões que se me afiguram até mesmo coerentes com as conclusões externadas no laudo pericial, como medida através da qual se clamava pelo respeito às suas tradições, interesses e prioridades, mitigados pela manipulação própria do jogo de influências tão conhecido pelos brancos. Não há como ter por configurada a culpabilidade no caso dos autos, isto diante do cotejo da intenção ou dos motivos que fulcraram a ação dos índios, que, por certo, concretizaram o seu agir jungidos pelo instinto de preservação-sobrevivência, fato que se nota até mesmo quando da análise dos depoimentos das testemunhas de defesa, colhidos durante a instrução processual".

Nessa toada, o Des. Araken Mariz concluiu o seu raciocínio afirmando que diante das "razões motivadoras do agir dos índios, que se apresentam coerentes com o seu instinto de preservação, externado em defesa dos seus interesses e das prioridades traçadas pela sua comunidade, não há como a presente persecução penal redundar em resultado outro que não o absolutório".

Cite-se, também, o HC 11927, do TJMT, de relatoria do Des. Paulo Inácio Dias Lessa, que foi impetrado pela defesa de indígena acusado pela prática de crime doloso contra a vida, para reverter medida proferida pelo magistrado de 1.ª instância que presidia o Tribunal do Júri. Em síntese, o pedido do Habeas Corpus era a realização da perícia antropológica destinada a aferir o respectivo grau de integração à comunhão nacional, todavia, com uma abordagem

---

4) a imposição de regras próprias de uma nova realidade imposta, à qual o indígena foi forçado a se ajustar, permite a conclusão de que a observação de um código ou conjunto de atitudes e valores padronizados, alheios aos da sua comunidade, seria situação hábil a ensejar o povo indígena a desenvolver uma apreensão intelectual distinta daquela externada pelos membros da sociedade na qual as regras foram criadas, não sendo este capaz de ajuizar o sentido jurídico ou éticos dos seus atos;

5) "o que aconteceu, portanto, na visão dos indígenas envolvidos, nada mais foi do que ajustar os recursos oferecidos pelo Órgão Tutor às necessidades dos seus tutelados". Para os índios a sua atitude seria lídima na medida em que, isto diante do seu ângulo de visada, estariam sendo protegidos os princípios da própria Funai, através do ato obstativo da obra direcionada com seus recursos, em favor daqueles não índios ocupantes de suas terras;

6) no Universo Xucuru a noção de crime encontra-se relacionada a ideia de "fazer uma coisa errada" como matar e roubar. Para eles, defender seus direitos sem nenhum tipo de agressão física ou moral, considerando que os canos foram devolvidos à Funai, não constituiria jamais um crime.

diferenciada: voltada para a interferência do uso do álcool e seus efeitos no comportamento e relacionamento dos índios Bororo, dentro e fora do seu habitat. No julgamento do aludido *Habeas Corpus*, o Des. Paulo Inácio Dias Lessa iniciou o seu voto declarando enfaticamente que é imperativo aplicar o estabelecido no art. 10 da Convenção 169 da OIT de compromisso internacional assumido pelo Brasil em 25.08.1993, que contempla o tratamento específico da situação das populações indígenas. Sob este ângulo, o Des. Paulo Inácio Dias Lessa considerou que o exame antropológico, tal como pleiteado pela defesa, mostra-se imprescindível para que os direitos concedidos pelo Estatuto do Índio sejam reconhecidos, ou não, em favor do paciente.

Curioso, ainda, notar que, o Des. Paulo Inácio Dias Lessa declarou firme e categoricamente que "nenhum exame pericial que conduza à verificação da efetiva culpabilidade de um réu deve ser negado pelo juiz togado (...) indeferir a perícia extrapola, assim, à própria competência do magistrado singular. Assim, caracterizado o constrangimento ilegal em desfavor do agente, em face do incontroverso cerceamento de defesa". Disso extrai-se a particularidade de, na hipótese de processo judicial submetido ao procedimento especial do Júri, o juiz presidente do Tribunal do Júri não ter sequer a faculdade de dispensar o laudo antropológico, em razão de ser prova destinada à cognição dos jurados, e não dele próprio.

Em mesmo sentido do que foi assentado no HC 11927, há o HC 34025, do TJMT, no qual a Des. rel. Shelma Lombardi observou que "equivoca-se a autoridade dita coatora quando relata que a ela cabe decidir da 'necessidade ou conveniência' do exame antropológico requerido pela defesa, uma vez que não é ele, o juiz togado, que irá julgar o paciente. Esse exame requerido pela defesa dará aos Jurados os exatos limites da compreensão do paciente, da influência tribal, dos costumes dentro dos quais foi criado na aldeia de onde provém, podendo fazer melhor juízo de valor de seu ato delituoso."

Conforme se vê dos três julgados citados nos últimos parágrafos, a importância dos laudos é trazer aos autos do processo conhecimentos estranhos à ciência do direito, como, por exemplo, as influências grupais que estabelecem, no seu próprio âmbito de civilização e cultura, a noção de licitude ou ilicitude da conduta. Por derradeiro, a magistratura e todos os demais profissionais do Direito devem ficar atentos ao fato de que há muitos tipos de ilicitude penal que não guardam as características de uma ofensa a valores inerentes à vida, aos costumes e à cultura indígena (DOTTI, 2010, p. 71).[10] Posto isto, impõe-se

10. Nesse sentido, no caso de um índio Guajajara, pertencente à etnia que tem como tradição cultural o uso da erva *Canabis* em determinados rituais, não há como tratá-lo

que a culpabilidade penal do indígena seja aferida com o auxílio dos dados relacionados ao caso concreto, colhidos em laudo pericial antropológico, até mesmo porque, como já demonstrado, é essa a orientação dada pelo sistema de direitos e garantias dos índios constituído pela Constituição Federal vigente e pela Convenção da OIT 169.

6. CONCLUSÃO

Do presente artigo é possível concluir que a situação jurídico-penal do índio não deve ser vista pelo critério da imputabilidade, eis que classificar índio como integrado, em vias de integração ou isolado, como faz o art. 4.º do Estatuto do Índio, não se coaduna mais com a Constituição Federal de 1988. Por sua vez, o critério da potencial consciência da ilicitude possui mais pontos positivos do que negativos, pois rompe com a visão integracionista, no entanto, é insuficiente, porque, caso o réu indígena tenha consciência, mas não a compreensão do ilícito, não se configura erro de proibição, visto que o índio não teria um falso conhecimento ou desconhecimento do ilícito nesse caso. Por fim, o critério da inexigibilidade de conduta diversa é a melhor alternativa para a aferição da culpabilidade do indígena, pois abarca a hipótese do agente que, apesar de cônscio da ilicitude da conduta que pratica, tenha internalizado valores culturais destoantes do Código Penal brasileiro, de maneira que é inexigível outra conduta dele.

Todavia, a pesquisa jurisprudencial ultimada neste artigo demonstrou que a ampla maioria dos Tribunais pátrios, quando postos a enfrentar processos criminais envolvendo réu índio, ainda tem tratado o índio sob a ótica da visão integracionista e aplicado o critério da imputabilidade, ignorando por completo a existência do contido no art. 231 da CF/1988 e nos dispositivos da Convenção 169 da OIT. Por outro lado, há valioso entendimento jurisprudencial minoritário no sentido de que não se pode presumir a integração do réu indígena, porquanto as regras de estatura constitucional exigem que haja laudo antropológico, a ser confeccionado por profissional habilitado, em conformidade com os parâmetros legais.

Tendo em vista que, do advento de um novo sistema de direitos e garantias dos índios (Constituição Federal de 1988 e Convenção 169 da OIT), tornou-se imprescindível a elaboração do laudo pericial antropológico para se ave-

---

como qualquer outro usuário da mesma droga pelo simples fato de ele falar português, morar na cidade, dentre outras circunstâncias de sociabilidade.

riguar a culpabilidade do réu indígena, espera-se que haja uma nova linhagem jurisprudencial que reconheça a incontestável necessidade de produzi-lo. Outrossim, aguarda-se um consenso pretoriano dos Tribunais pátrios em prol do reconhecimento dessa nova causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa, para que, a partir de então, os índios, que forem enquadrados na situação descrita no parágrafo acima, sejam absolvidos por terem a culpabilidade excluída.

É de rigor pontuar que a admissão dessa causa supralegal, na doutrina e na jurisprudência, não implicaria fomento à impunidade, porque ela não se aplica, em todo e qualquer caso, e nem favorece a absolvição generalizada de qualquer réu indígena. Ao contrário disso, deixaria sujeitos à punição os indígenas que, de forma comprovada por laudos antropológicos, tenham praticado fatos delituosos que não guardem relação com os valores internalizados em sua cultura. Por fim, adotar essa causa supralegal é uma forma de avançarmos num longo caminho que deverá ser percorrido para se fazer justiça aos índios brasileiros, que há mais de cinco séculos são vítimas da discriminação e da exploração cometidas pelos brancos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Elaine. O desafio do multiculturalismo na ação penal – Laudo pericial antropológico judicial em crime envolvendo indígena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 46. p. 253. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2004.

ARAÚJO, Ana Valéria (org.) *A defesa dos direitos indígenas no judiciário: ações propostas pelo Núcleo de Direitos Indígenas*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1995.

BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2003.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CASTRO, Celso. *Evolucionismo cultural: textos de Morgan, Tylor e Frazer*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005. Coleção Antropologia Social.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (eds.). *Povos indígenas no Brasil: 2001-2005*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

COLAÇO, Thais Luzia. *A incapacidade indígena*. Curitiba: Juruá, 2002.

DOTTI, René Ariel. A situação jurídico-penal do indígena- hipótese de responsabilidade e de exclusão. In: VILLARES, Luiz Fernando (org.). *Direito penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2010.

HERINGER JUNIOR, Bruno. A imputabilidade penal do índio. *Revista da Ajuris*. n. 73. ano XXV. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, jul. 1998.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. vol. I, t. 2.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: Fundamentos da instrumentalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NASCIMENTO, Roberto; VILELA, Regina. Os índios em plena metrópole. Disponível em: [www.revistaforum.com.br/conteudo/detalhe_materia.php?codMateria=6628/os-indios-em-plena-metropole]. Acesso em: 11.10.2010.

PASCHOAL, Janaína Conceição. O índio, a inimputabilidade e o preconceito. In: VILLARES, Luiz Fernando (org.). *Direito penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2010.

REZENDE, Guilherme Madi. *Índio: tratamento jurídico-penal*. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Índios e imputabilidade penal. Disponível em: [http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/indios_imputabilidade_Penal.pdf]. Acesso em: 11.10.2010.

SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria Vieira. *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: UFSC, 1994.

SOUTO MAIOR, Ana Paula Caldeira. Imputabilidade penal. Disponível em: [http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/temas-recentes/imputabilidade-penal]. Acesso em: 11.10.2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

ZARZUELA, José Lopes; MATUNGA, Minoru; THOMAZ, Pedro Lourenço. *Laudo pericial: aspectos técnicos e jurídicos*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

APÊNDICE

i) (TRF-1.ª Reg., ApCrim 2003.37.00.001010-9, rel. Des. Cândido Ribeiro, *DJ* 03.12.2009); (TRF-1.ª Reg., HC 2003.01.00.017109-9, rel. Des. João Batista Moreira, *DJ* 08.08.2003); (TJRR., ApCrim 010.08.009780-0, rel. Des. Mauro Jose do Nascimento Campello, *DJ* 23.06.2009); (STF, HC 85.198/MA, rel. Min. Eros Grau, *DJ* 17.11.2005); (STJ, REsp 703422/MS, rel. Min. Arnaldo Esteves Limas, *DJ* 12.05.2009); (STJ, HC 30113/MG, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 16.11.2004); (TJMA, ApCrim 253662005, rel. Des. Antonio Fernando Bayma Araujo, *DJ* 28.08.2007); (TJMA, ApCrim 288272004, rel. Des. Benedito de Jesus Guimarães Belo, *DJ* 05.07.2005); (TJGO, HC 30490-0217, rel. Des. Vitor Barboza Lenza, *DJ* 11.02.2008); (TJMT,HC 112592, rel. Des. Paulo da Cunha, *DJ* 30.01.2008); (TJPR, ApCrim 431484-7, rel. Des. Sonia Regina de

Castro, *DJ* 10.01.2008); (TJPR, RSE 0481804-4, rel. Des. Oto Luiz Sponholz, *DJ* 02.10.2008); (TJPR, ReCrim *Ex-Officio* e ApCrim 485.780-5, rel. Des. Mário Helton Jorge, *DJ* 10.07.2008); (TJSC, ApCrim 2005.003035-2, rel. Des. Irineu João da Silva, *DJ* 22.03.2005); (TJSC, ApCiv 2009.060232-0, rel. Des. Irineu João da Silva, *DJ* 14.07.2010); (TJSC, ApCrim 2007.055821-0, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, *DJ* 10.03.2008); (TJSC, ApCrim 2008.044172-9, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, *DJ* 25.11.2009); (TJSC, ApCrim 2007.004686-3, rel. Des. Torres Marques, *DJ* 13.03.2007); (TJSC, ApCrim 2007.052257-6, rel. Des. Torres Marques, *DJ* 22.07.2008); (TJSC, ApCrim 2009.006542-9, rel. Des. Hilton Cunha Junior, *DJ* 21.08.2009); (TJSC, ReCrim 2010.002264-3, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, *DJ* 16.04.2010); (TJSP, ApCrim 993000432021, rel. Des. David Haddad, *DJ* 17.12.2001); (TJSP, HC 993060512137, rel. Des. Segurado Braz, *DJ* 06.06.2006); (TJRS, ApCrim 70017657099, rel. Des Marcelo Bandeira Pereira, *DJ* 29.03.2007); (TRF-4.ª Reg., ApCrim 22003.72.02.004104-0 e 2003.72.02.004103-9, rel. Des. Eloy Bernst Justo, *DJ* 13.06.2007); (TRF-4.ª Reg., ApCrim 2005.72.01.004489-2, rel. Des. Néfi Cordeiro, *DJ* 20.06.2007); (TRF-4.ª Reg., ApCrim 2006.72.02.000216-3, rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz, *DJ* 13.11.2008); (TRF-4.ª Reg., RSE 2003.72.02.001108-4, rel. Des. Luiz Fernando Wowk Penteado, *DJ* 27.09.2006).

ii) (TJRR, ApCrim 010.08.009780-0, rel. Des. Mauro Jose do Nascimento Campello, *DJ* 23.06.2009); (STF, HC 79.530/PA, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 16.12.1999); (STF, HC 79.530-7/PA, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 16.12.1999); (STF, RHC 64476/GO, rel. Min. Carlos Madeira, *DJ* 10.10.1986); (STJ, REsp 703422/MS, rel. Min. Arnaldo Esteves Limas, *DJ* 12.05.2009); (STJ, HC 9403/PA, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 18.10.1999); (TJMA, ApCrim 253662005, rel. Des. Antonio Fernando Bayma Araujo, *DJ* 28.08.2007); (TJMT, HC 112592, rel. Des. Paulo da Cunha, *DJ* 30.01.2008); (TJPR, ReCrim *Ex-Officio* e ApCrim 485.780-5, rel. Des. Mário Helton Jorge, *DJ* 10.07.2008); (TJSC, ApCrim 2008.023732-6, rel. Des. Torres Marques, *DJ* 07.08.2008); (TJSC, ApCrim 2008.044442-6, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, *DJ* 08.01.2009); (TJSC, ApCrim 2008.044172-9, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, *DJ* 25.11.2009); (TJSC, ApCrim 2002.026496-8, rel. Des. José Gaspar Rubick, *DJ* 07.03.2006); (TJSC, ApCrim 2007.004686-3, rel. Des. Torres Marques, *DJ* 13.03.2007); (TJSC, ApCrim 2009.006542-9, rel. Des. Hilton Cunha Junior, *DJ* 21.08.2009); (TJSC, ApCrim 2009.060232-0, rel. Des. Irineu João da Silva, *DJ* 14.07.2010); (TJSC, ReCrim 2010.002264-3, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, *DJ* 16.04.2010); (TJSP, Ap. 993070961961, rel. Des. Geraldo Wohlers, *DJ* 14.09.2010); (TJSP, ApCrim 993000432021, rel. Des. David Haddad, *DJ* 17.12.2001); (TJSP, HC 993060512137, rel. Des. Segura-

do Braz, *DJ* 06.06.2006); (TJRS, ApCrim 70010078897, rel. Des José Antônio Hirt Preiss, *DJ* 09.12.2004); (TRF-4.ª Reg., ApCrim 22003.72.02.004104-0 e 2003.72.02.004103-9, rel. Des. Eloy Bernst Justo, *DJ* 13.06.2007); (TRF-4.ª Reg., ApCrim 2005.72.01.004489-2, rel. Des. Néfi Cordeiro, *DJ* 20.06.2007); (TRF-4.ª Reg., RSE 2003.72.02.001108-4, rel. Des. Luiz Fernando Wowk Penteado, *DJ* 27.09.2006).

iii) (TRF-1.ª Reg., ApCrim 2003.37.00.001010-9, rel. Des. Cândido Ribeiro, *DJ* 03.12.2009); (TRF-1.ª Reg., HC 2003.01.00.017109-9, rel. Des. João Batista Moreira, *DJ* 08.08.2003); (STF, HC 79.530/PA, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 16.12.1999); (STF HC 85.198/MA, rel. Min. Eros Grau, *DJ* 17.11.2005); (STJ, HC 30113/MA, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 16.11.2004); (TJMA, ApCrim 026452-2005, rel. Des. Mario Lima Reis, *DJ* 30.09.2008); (TJM, ApCrim 0150662001, rel. Des. Benedito de Jesus Guimarães Belo, *DJ* 14.05.2002); (TJGO, HC 30490-0217, rel. Des. Vitor Barboza Lenza, *DJ* 11.02.2008); (TJPR, ApCrim 431484-7, rel. Desa. Sonia Regina de Castro, *DJ* 10.01.2008); (TJPR, ReCrim *Ex-Officio* e ApCrim 485.780-5, rel. Des. Mário Helton Jorge, *DJ* 10.07.2008); (TJSC, ApCrim 2005.003035-2, rel. Des. Irineu João da Silva, *DJ* 22.03.2005); (TJSC, ApCrim 2007.004686-3, rel. Des. Torres Marques, *DJ* 13.03.2007); (TJSC, ApCrim 2007.052257-6, rel. Des. Torres Marques, *DJ* 22.07.2008); (TJSC, ApCrim 2009.060232-0, rel. Des. Irineu João da Silva, *DJ* 14.07.2010); (TJRS, ApCrim 70010078897, rel. Des José Antônio Hirt Preiss, *DJ* 09.12.2004); (TRF-4.ª Reg., ApCrim 2005.72.01.004489-2, rel. Des. Néfi Cordeiro, *DJ* 20.06.2007); (TRF-4.ª Reg., ApCrim 2006.72.02.000216-3, rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz, *DJ* 13.11.2008); (TRF-4.ª Reg., RSE 2003.72.02.001108-4, rel. Des. Luiz Fernando Wowk Penteado, *DJ* 27.09.2006).

iv) (STF, HC 79.530/PA, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 16.12.1999); (STJ, REsp 703422/MS, rel. Min. Arnaldo Esteves Limas, *DJ* 12.05.2009); (TJMA, ApCrim 0150662001, rel. Des. Benedito de Jesus Guimarães Belo, *DJ* 14.05.2002); (TJMA, ApCrim166611999, rel. Des. Josefa Ribeiro da Costa Belo, *DJ* 13.03.2001); (TJMA, ApCrim 288272004, rel. Des. Benedito de Jesus Guimarães Belo, *DJ* 05.07.2005); (TJMA– ApCrim 31040/2003, rel. Des. Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães, *DJ* 21.07.2005); (TJPR, ReCrim *Ex-Officio* e ApCrim 485.780-5, rel. Des. Mário Helton Jorge, *DJ* 10.07.2008); (TJSC, ApCrim 2005.003035-2, rel. Des. Irineu João da Silva, *DJ* 22.03.2005); (TJSC, ApCrim 2008.044442-6, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, *DJ* 08.01.2009); (TJSC, ApCrim 2008.044172-9, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, *DJ* 25.11.2009); (TJSC, ApCrim 2002.026496-8, rel. Des. José Gaspar Rubick, *DJ* 07.03.2006); (TJSC, ApCrim 2007.004686-3, rel. Des. Torres Marques, *DJ* 13.03.2007); (TJSP, Ap. 993070961961, rel. Des. Geraldo Wohlers, *DJ* 14.09.2010); (TJSP,

HC 993060512137, rel. Des. Segurado Braz, *DJ* 06.06.2006); (TRF-4.ª Reg., ApCrim 2005.72.01.004489-2, rel. Des. Néfi Cordeiro, *DJ* 20.06.2007).

v) (TRF-1.ª Reg., ApCrim 2003.37.00.001010-9, rel. Des. Cândido Ribeiro, *DJ* 03.12.2009); (TRF-3.ª Reg., ApCrim 2006.60.05.000372-1, rel. Des. Nelton dos Santos, *DJ* 22.05.2009); (STF, HC 85.198/MA, rel. Min. Eros Grau, *DJ* 17.11.2005); (STJ, HC 30113, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 16.11.2004); (TJMA, ApCrim 026452-2005, rel. Des. Mario Lima Reis, *DJ* 30.09.2008); (TJGO, HC 30490-0217, rel. Des. Vitor Barboza Lenza, *DJ* 11.02.2008); (TJPR, RSE 0481804-4, rel. Des. Oto Luiz Sponholz, *DJ* 02.10.2008); (TJSC, ApCrim 2008.044442-6, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, *DJ* 08.01.2009); (TJRS, ApCrim 70017657099, rel. Des Marcelo Bandeira Pereira, *DJ* 29.03.2007); (TJRS, ApCrim 70010078897, rel. Des José Antônio Hirt Preiss, *DJ* 09.12.2004); (TRF-4.ª Reg., ApCrim 22003.72.02.004104-0 e 2003.72.02.004103-9, rel. Des. Eloy Bernst Justo, *DJ* 13.06.2007); (TRF-4.ª Reg., ApCrim 2006.72.02.000216-3, rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz, *DJ* 13.11.2008) (TRF-4.ª Reg., RSE 2003.72.02.001108-4, rel. Des. Luiz Fernando Wowk Penteado, *DJ* 27.09.2006); (TRF-4.ª Reg., RSE 2004.72.02.000942-2, rel. Des. Luiz Fernando Wowk Penteado, *DJ* 24.05.2007).

vi) (STF, HC 79.530/PA, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 16.12.1999); (STF, HC 64476/MG, Rel. Min. Carlos Madeira, *DJ* 10.10.1986); (STJ, REsp 703422/MS, rel. Min. Arnaldo Esteves Limas, *DJ* 12.05.2009); (STJ, HC 9403/PA, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 18.10.1999); (STJ, HC 88853/MS, rel. Min. Jane Silva, *DJ* 11.02.2008); (TJMA, ApCrim 253662005, rel. Des. Antonio Fernando Bayma Araujo, *DJ* 28.08.2007); (TJMA, ApCrim 31040/2003, rel. Des. Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães, *DJ* 21.07.2005); (TJPR, ReCrim *Ex-Officio* e ApCrim 485.780-5, rel. Des. Mário Helton Jorge, *DJ* 10.07.2008); (TJSC, ApCrim 2007.055821-0, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, *DJ* 10.03.2008); (TJSC, ApCrim 2002.026496-8, rel. Des. José Gaspar Rubick, *DJ* 07.03.2006); (TJSC, ApCrim 2009.070627-1, rel. Des. Sérgio Paladino, *DJ* 22.04.2010); (TJSC, ReCrim 2010.002264-3, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, *DJ* 16.04.2010); (TJSP, Ap. 993070961961, rel. Des. Geraldo Wohlers, *DJ* 14.09.2010).

vii) (TRF-1-ª Reg., ApCrim 2003.37.00.001010-9, rel. Des. Cândido Ribeiro, *DJ* 03.12.2009); (STF, HC 79.530/PA, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 16.12.1999); (STJ, HC 9403/PA, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 18.10.1999); (TJSC, ApCrim 2005.003035-2, rel. Des. Irineu João da Silva, *DJ* 22.03.2005); (TJSC, ApCrim 2008.023732-6, rel. Des. Torres Marques, *DJ* 07.08.2008); (TJSC, ApCrim 2008.044442-6, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, *DJ* 08.01.2009); (TJSC, ApCrim 2009.006542-9, rel. Des. Hilton Cunha Junior, *DJ* 21.08.2009); (TJSC, ApCrim 2009.060232-0, rel. Des. Irineu João da Silva, *DJ* 14.07.2010);

(TJSP, Ap. 993070961961, rel. Des. Geraldo Wohlers, *DJ* 14.09.2010); (TJRS, ApCrim 70017657099, rel. Des Marcelo Bandeira Pereira, *DJ* 29.03.2007).

viii) (TJMA, ApCrim 253662005, rel. Des. Antonio Fernando Bayma Araujo, *DJ* 28.08.2007); (TJSC, ApCrim 2008.023732-6, rel. Des. Torres Marques, *DJ* 07.08.2008); (TJSC, ApCrim 2008.044172-9, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, *DJ* 25.11.2009); (TJSC, ApCrim 2009.060232-0, rel. Des. Irineu João da Silva, *DJ* 14.07.2010); (TJSC, ReCrim 2010.002264-3, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, *DJ* 16.04.2010); (TRF-4.ª Reg., ApCrim 22003.72.02.004104-0 e 2003.72.02.004103-9 rel. Des. Eloy Bernst Justo, *DJ* 13.06.2007); (TJSP, Ap. 990101541360, rel. Des. Guilherme G. Strenger, *DJ* 18.08.2010); (TRF-4.ª Reg., ApCrim 2006.72.02.000216-3, rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz, *DJ* 13.11.2008); (TRF-4.ª Reg., RSE 2003.72.02.001108-4, rel. Des. Luiz Fernando Wowk Penteado, *DJ* 27.09.2006).

ix) (TJMA, ApCrim 150252000, rel. Des. Nelma Celeste Sousa Silva Sarney Costa, *DJ* 09.05.2002); (TJMA, ApCrim 026452-2005, rel. Des. Mario Lima Reis, *DJ* 30.09.2008); (TJSC, ApCrim 2009.006542-9, rel. Des. Hilton Cunha Junior, *DJ* 21.08.2009); (TJSC, ApCrim 2009.060232-0, rel. Des. Irineu João da Silva, *DJ* 14.07.2010); (TJSC, ReCrim 2010.002264-3, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, *DJ* 16.04.2010); (TJSP, ApCrim 993000432021, rel. Des. David Haddad, *DJ* 17.12.2001); (TRF-4.ª Reg., ApCrim 2006.72.02.008674-7, rel. Des. Luiz Fernando Wowk Penteado, *DJ* 17.03.2010).

x) (STF, HC 79.530/PA, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 16.12.1999); (TJMT, HC 112592, rel. Des. Paulo da Cunha, *DJ* 30.01.2008); (TJSC, ApCrim 2009.070627-1, rel. Des. Sérgio Paladino, *DJ* 22.04.2010); (TJSP, Ap. 990101541360, rel. Des. Guilherme G. Strenger, *DJ* 18.08.2010).

xi) (TJRR, ApCrim 010.08.009780-0, rel. Des. Mauro Jose do Nascimento Campello, *DJ* 23.06.2009); (STF, HC 79.530/PA, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 16.12.1999) (TJMT, HC 112592, rel. Des. Paulo da Cunha, *DJ* 30.01.2008); (TJSP, ApCrim 993000432021, rel. Des. David Haddad, *DJ* 17.12.2001).

xii) (TJMA, ApCrim 288272004, rel. Des. Benedito de Jesus Guimarães Belo, *DJ* 05.07.2005); (TJSC, ApCrim 2009.060232-0, rel. Des. Irineu João da Silva, *DJ* 14.07.2010); (TJSC, ReCrim 2010.002264-3, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, *DJ* 16.04.2010).

xiii) (TJMA, ApCrim 0150662001, rel. Des. Benedito de Jesus Guimarães Belo, *DJ* 14.05.2002); (TJMA, ApCrim 288272004, rel. Des. Benedito de Jesus Guimarães Belo, *DJ* 05.07.2005).

xiv) (TJRR, ApCrim 010.08.009780-0, rel. Des. Mauro Jose do Nascimento Campello, *DJ* 23.06.2009); (TJSP, ApCrim 993000432021, rel. Des. David Haddad, *DJ* 17.12.2001).

xv) (STF, HC 79.530/PA, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 16.12.1999).

xvi) (STF, HC 79.530/PA, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 16.12.1999).

xvii) (TJMA, ApCrim 288272004, rel. Des. Benedito de Jesus Guimarães Belo, *DJ* 05.07.2005).

xviii) (TJPR, ApCrim 431484-7, rel. Des. Sonia Regina de Castro, *DJ* 10.01.2008).

xix) (TRF-4.ª Reg., ApCrim 2006.72.02.001124-3, rel. Des. Luiz Fernando Wowk Penteado, *DJ* 19.11.2008); (TJSC, ApCrim 2006.045307-2, rel. Des. Sérgio Paladino, *DJ* 27.03.2007), (STF, RO em HC 84.308-5/MA, rel. Min. Sepulveda Pertence, *DJ* 15.12.2005); (STJ, HC 40884, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 09.05.2005), (TJMT, HC 46270, rel. Des. Díocles de Figueiredo, *DJ* 12.12.2005), (TJRO, ApCrim 101.014.2004.006866-1, rel. Des. Cássio Rodolfo Sbarzi Guedes, *DJ* 17.11.2005).

xx) (TRF-5.ª Reg., ApCrim 1.349/PE, 95.05.20906-1, rel. Des. Araken Mariz, *DJU* 23.03.2001); (TJ MT, HC 11927, rel. Des. Paulo Inácio Dias Lessa, *DJ* 12.04.2005); (TJMT, HC 34025, rel. Des. Shelma Lombardi de Kato, *DJ* 22.10.2002).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A situação jurídico-penal do indígena: hipóteses de responsabilidade e de exclusão, de René Ariel Dotti – *RCP* 10/287; e
- Direito penal indígena, de Luiz Flávio Borges D'Urso – *RT* 708/457.

60318

1 Principales rasgos dogmáticos y político-criminales del derecho penal del narcotráfico en Colombia

Main dogmatic and political-criminal features of drug trafficking criminal law in Colombia

Juan Pablo Montiel

Doctor Europeo en Derecho penal y Ciencias penales (Universidad Pompeu Fabra); Coordinador general de Crimint.

Área do Direito: Penal

Resumen: El artículo describe las principales estrategias jurídico-penales y no jurídico-penales implementadas por el gobierno colombiano para combatir el narcotráfico. Se analizan los éxitos y fracasos de estas políticas, resaltando la incidencia del denominado "Plan Colombia" y el endurecimiento general de la legislación penal.

Palabras clave: Plan Colombia – Concursos de delitos – Cultivos alternativos – Punitivismo – Narco submarinos.

Abstract: The paper describes the principal criminal law and non-criminal law strategies implemented by the Colombian government in the fight against drug trafficking. The success and failures of these policies are analyzed, with emphasis to the influence of the "Plan Colombia" and the general toughening of the criminal legislation.

Keywords: Plan Colombia – Joinder of offenses – Alternative crops – Severe punishment – Drug submarines.

Sumario: 1. Introducción – 2. El "Plan Colombia" y las principales estrategias no jurídico-penales de lucha contra el narcotráfico – 3. Principales estrategias jurídico-penales de lucha contra el narcotráfico – 4. Conclusiones y balance político-criminal: éxitos y fracasos de las estrategias de lucha contra el narcotráfico.

1. INTRODUCCIÓN

El[1-2] notable crecimiento que tuvo el crimen organizado y la macrocriminalidad en los años 80' y especialmente en los años 90' a nivel global mostraba a Colombia como uno de los países más afectados por este flagelo. Su posicionamiento en el escenario global como uno de los países con mayor superficie de cultivos de coca y como uno de los mayores productores de cocaína dio lugar a una guerra contra el narcotráfico, emprendida por el mismo Estado colombiano, apoyada fuertemente desde fuera por los Estados Unidos. Desde un primer momento el contexto dentro del cual se diseñaron las políticas públicas para atender a este problema evidenció una enorme complejidad, dado que a la problemática de la producción y el tráfico de estupefacientes se sumó la del terrorismo y el crimen organizado. Ello significa que la problemática estrictamente vinculada al narcotráfico convivió junto a guerras de cárteles, estructuras mafiosas de producción y elaboración de narcóticos, violencia ciudadana, secuestros extorsivos, paramilitarismo, inseguridad pública, desplazamiento forzado etc.

Esta enorme complejidad del problema puso sobre el tapete que las respuestas del Estado no debían quedar reducidas a políticas puramente represivas (penales o no penales), sino que también resultaba necesario incorporar otras estrategias concentradas principalmente en ofrecer incentivos positivos a los agentes involucrados. Así, no sólo se reforzaron los mecanismos de seguridad interna dentro de las ciudades y especialmente en lugares no urbanizados, sino también se introdujeron importantes reformas al Código penal (CP) y se incentivó el abandono del cultivo de hoja de coca, mediante programas de desarrollo alternativo.

En todo este proceso de diseño de políticas públicas destinadas a combatir el narcotráfico sobresale el estrecho vínculo que forjó Colombia con los Estados Unidos, cristalizado especialmente en el denominado *Plan Colombia*. Fruto de ese acuerdo bilateral ingresó a Colombia un importante flujo de capital y de recursos humanos y técnicos que lo ayudaron a combatir el narcotráfico y los problemas de inseguridad. Vale destacar que los principales objetivos de este acuerdo firmado en 1999 eran reducir a la mitad la producción de drogas ilícitas (especialmente la cocaína) y mejorar las condiciones de seguridad en Colombia,[3] Aún cuando –como veremos más adelante– el éxito del Plan

1. El presente texto reproduce la conferencia dictada en el Simposio "Crisis del Derecho penal", Facultade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 09.11.2011.
2. Quiero agradecer muy especialmente la colaboración brindada por María Mónica Morris en la revisión final de este trabajo y en la búsqueda jurisprudencial.
3. MEJÍA, Políticas antidroga en el Plan Colombia: costos, efectividad y eficiencia. In: GAVIRIA URIBE; MEJÍA LONDOÑO (comp.), *Políticas antidrogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*, Bogotá, 2011, p. 69-71.

Colombia es relativo, no debe desconocerse que supuso una gran ayuda para mejorar la situación.

Atento al sinnúmero de cuestiones que aparecen involucradas con el fenómeno del narcotráfico en Colombia (impactos en el consumo personal y la salud pública colombiana,[4] extradición de condenados,[5] política exterior del Estado colombiano, el papel de la Ley de Justicia y Paz,[6] entre otros), me limitaré aquí tan sólo a caracterizar algunas de las políticas públicas. En concreto, me concentraré en algunas de las principales medidas no penales adoptadas y luego en los principales delitos que dan forma al denominado Derecho penal del narcotráfico. En este último punto haré una breve descripción de los principales tipos penales y me enfocaré especialmente en algunos de los problemas que presenta el sistema. Finalmente esbozaré un balance de la política colombiana frente al narcotráfico, mostrando sus principales éxitos y fracasos.

2. EL "PLAN COLOMBIA" Y LAS PRINCIPALES ESTRATEGIAS NO JURÍDICO-PENALES DE LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO

El amplio abanico de estrategias de lucha contra el narcotráfico se desarrolló dentro del marco de los acuerdos plasmados en el Plan Colombia. Justamente por esta razón las tácticas implementadas fueron variando de acuerdo a los

4. CAMACHO; GAVIRIA; RODRÍGUEZ, El consumo de droga en Colombia. In: GAVIRIA URIBE; MEJÍA LONDOÑO (comp.), *Políticas antidrogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*, Bogotá, 2011, p. 41 y ss.

5. Al respecto, cfr. ITURRALDE; ARIZA, El tratamiento penal del narcotráfico y delitos conexos. In: GAVIRIA URIBE; MEJÍA LONDOÑO (comp.), *Políticas antidrogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*, Bogotá, 2011, p. 263-264.

6. Uno de los problemas de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz y la lucha contra el narcotráfico radica en los tratados y acuerdos de colaboración y extradición que Colombia tiene con otros países. El ejemplo más ilustrativo es el caso de los paramilitares que fueron extraditados a EE.UU., el 13.05.2008. Estos paramilitares por haber sido narcotraficantes debían ser extraditados, sin embargo, por su calidad de comandantes de grupos paramilitares también podían ser beneficiados por la Ley de Justicia y Paz, y ayudar a la construcción de la verdad para la reparación de las víctimas. Es así como el derecho de las víctimas a la verdad ha hecho que la Corte Suprema de Justicia, al igual que el Ejecutivo, suspendan las ordenes de extradición de los narcotraficantes, con el fin de que ayuden a construir la verdad en beneficio de las víctimas de la violencia. El anterior ejemplo demuestra cómo, en virtud del proceso de reconciliación que está viviendo Colombia, prevalecen los derechos de las víctimas antes que la lucha con el narcotráfico.

cambios que también se daban a nivel de los objetivos de este acuerdo entre Colombia y los Estados Unidos. Como entiende la doctrina,[7] si bien siempre este plan tuvo como principal objetivo atacar la producción y tráfico de estupefacientes, a lo largo de los años el desmantelamiento de los grupos armados ilegales fue ganando terreno entre las prioridades de ese acuerdo bilateral. Ello pone de relieve que entre las principales estrategias no jurídico-penales se incluyen tanto medios directamente orientados a combatir la producción y tráfico de drogas ilegales como también medidas represivas de desmantelamiento de las redes terroristas.

Para comprender cabalmente las estrategias no jurídico-penales de lucha contra el narcotráfico resulta necesario contextualizarlas dentro del Plan Colombia y de sus cometidos. Las principales estrategias no jurídico-penales diseñadas en el marco del Plan Colombia estuvieron orientadas principalmente a dos cuestiones: por un lado, reducir drásticamente la superficie de áreas cultivadas con hoja de coca y los laboratorios de procesamiento de drogas ilegales; y, por el otro, mejorar las condiciones de seguridad e impedir el desplazamiento interno de la producción de narcóticos destinada a ser exportada. Para alcanzar estos objetivos no sólo se implementaron estrategias consistentes en generar incentivos negativos, a través de medidas puramente represivas, sino que también se incorporaron estímulos positivos a los agentes involucrados (especialmente gracias a los planes de desarrollo alternativo).

Uno de los medios más conocidamente empleados para reducir las áreas de cultivos de hoja de coca fue el de la aspersión.[8] Esta primera medida supuso rociar amplias áreas cultivadas con pesticidas. Sin embargo, el proyecto más ambicioso dentro de las políticas para erradicar los cultivos fue el de desarrollo alternativo. Estos planes tuvieron como objetivo básico que el campesinado abandone definitivamente como principal actividad económica el cultivo de hoja de coca y lo reemplace por otros cultivos o bien cambie de actividad económica.[9] En cuanto a esto último, el Estado desarrolló amplios programas para mudar la principal actividad económica, entre otras, a la ganade-

7. CEPEDA; TICKNER, Las drogas ilícitas en la relación Colombia – Estados Unidos: balance y perspectivas. In: GAVIRIA URIBE; MEJÍA LONDOÑO (comp.), *Políticas antidrogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*, Bogotá, 2011, p. 205 y ss.

8. Es igualmente importante aclarar que también se implementó junto a las aspersiones un procedimiento de erradicación manual de cultivos ilegales.

9. ZORRO, Políticas de desarrollo alternativo en Colombia (1982-2009). In: GAVIRIA URIBE; MEJÍA LONDOÑO (comp.), *Políticas antidrogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*, Bogotá, 2011, p. 91 y ss.

ría o actividades vinculadas con el turismo, como la explotación hotelera. No conviene pasar por alto que la combinación entre las políticas de aspersión y de desarrollo alternativo no siempre ha sido satisfactoria, entre otras razones, porque muchas veces el rociado de pesticidas acabó afectando cultivos que no eran de hoja de coca y que había aparecido gracias a los planes de desarrollo alternativo.[10-11]

La reducción de laboratorios y el control del desplazamiento interno de los narcóticos producidos en ellos tuvieron lugar ante todo mediante la recuperación de amplias zonas del país tomadas por los grupos armados ilegales[12] y el aumento en la seguridad en las vías y en las ciudades. En primer lugar, la recuperación de esas áreas se logró gracias al avance del ejército colombiano y al aumento de la presencia del Estado mediante la ejecución de obras públicas en esas zonas. En segundo lugar, el fuerte control desplegado por las fuerzas de seguridad en las carreteras ayudó significativamente a restringir la libertad con la que hasta entonces se habían manejado los narcotraficantes para trasladar las mercancías.

3. PRINCIPALES ESTRATEGIAS JURÍDICO-PENALES DE LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO

Como es habitual que suceda en buena parte de las legislaciones comparadas, la respuesta jurídico-penal asumida por el Estado colombiano para hacer frente al flagelo del narcotráfico ha pasado por un endurecimiento de la legislación penal.[13-14] Semejante fenómeno se ha caracterizado por tres notas salientes: primero, el aumento generalizado de las penas; segundo, un adelantamiento y ampliación de la tutela penal a actos preparatorios o a genuinos actos de participación; tercero, por la supresión de beneficios procesales.

La regulación actualmente vigente del CP de 2000 relativa a los delitos de narcotráfico y a figuras afines tiene como principal antecedente el Estatuto Nacional Estupefacientes (ENE), que entró en vigor en enero de 1986. El actual CP repro-

10. Ídem.

11. Sobre las limitaciones de los programas de desarrollo alternativo volveré con más detalle más adelante.

12. MEJÍA, op. cit., p. 70.

13. ITURRALDE; ARIZA, op. cit., p. 277 y ss.

14. Ello explica que muchos asocien el derecho penal del narcotráfico con el fenómeno del punitivismo y, en especial, con el denominado "derecho penal del enemigo", cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho pena: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.º ed., Buenos Aires, 2008, p. 183 y ss.

duce prácticamente en su totalidad los delitos (y sus elementos típicos) plasmados en el ENE, habiendo incorporado solamente el delito de uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergibles o sumergibles y el de construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje a través de una reforma de 2009.

A partir de la comparación entre la actual legislación y su antecedente puede constatarse que la única diferencia relevante entre la regulación del ENE y el actual CP tiene que ver con los marcos penales, dado que en este último cuerpo legal se observa un notable incremento de los mínimos y máximos. Exceptuando el marco penal del delito de estímulo al uso ilícito de drogas –cuya dosimetría penal en ambas leyes va de 3 a 8 años–, la legislación vigente ha incrementado en todos los delitos el mínimo y en prácticamente todos lo ha hecho en relación a la escala máxima.[15] Este endurecimiento de la pena de prisión, conminada en los delitos contra el narcotráficos y en delitos afines, arroja como resultado que el mínimo promedio de los marcos penales asciende a 5 años y 8 meses, mientras que el máximo llega hasta los 12 años y 3 meses, sin considerar las modalidades agravadas ni los posibles concursos entre los delitos.[16]

Este aumento generalizado de penas acarrea un endurecimiento de la respuesta penal en un doble sentido: por un lado, como es obvio, lleva a que la duración de la privación de libertad sea mayor; por otro lado, priva a los responsables de estos delitos de la posibilidad de que su condena sea suspendida condicionalmente, toda vez que esta institución sólo está prevista para hechos cuya pena de prisión no supere los 3 años (art. 63 CP). Esta consecuencia que puede no contrariar nuestras intuiciones morales o político-criminales cuando se trata del jefe de una red dedicada al narcotráfico o de un productor de cocaína, puede sin embargo sí hacerlo cuando se trata de una persona sorprendida en posesión de 200g de marihuana, pero destinados a ser consumidos durante varios meses. Estos marcos penales demuestran que el legislador considera a todos los delitos de narcotráfico y afines como graves y renuncia de este modo a considerar ciertos casos como de bagatela.[17]

---

15. En el ENE el marco penal del delito de cultivo de marihuana o cualquier otra planta era de 4 a 12 años, en cambio en el nuevo CP es de 6 a 12 años. En el ENE el marco penal del delito de tránsito de drogas era de 4 a 12 años, en cambio en el nuevo CP es de 10.6 a 30 años. En el ENE el marco penal para el delito de la destinación de bien inmueble o mueble para elaborar, almacenar, (...) las drogas era de 3 a 8 años, en cambio en el nuevo CP es 6 a 12 años.

16. Aquí no se calcula la variación en el monto de la pena de multa conminada para cada delito.

17. Así, acertadamente, OTÁLORA GÓMEZ, Aspectos dogmáticos y procesales de los delitos de narcotráfico, *Revista del Externado*, vol. 27, n. 81, p. 138, Bogotá, 2006.

Como derivación clara de los concretos objetivos del Plan Colombia ocupan un lugar central en el elenco de delitos contra la salud pública los tipos de conservación o financiación de plantaciones (art. 375) y de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376). Además de estas figuras delictivas el legislador incorpora en el CP una serie de delitos que no son más que tipificaciones autónomas de actos preparatorios y de actos de participación. Este es el caso de los delitos previstos en los arts. 377 A[18] y B,[19] 378,[20] 382,[21] 383[22] y

18. "Art. 377-A. Uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergibles o sumergibles. El que sin permiso de la autoridad competente financie, construya, almacene, comercialice, transporte, adquiera o utilice semisumergible o sumergible, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
Par. Para la aplicación de la presente ley, se entenderá por semisumergible o sumergible, la nave susceptible de moverse en el agua con o sin propulsión propia, inclusive las plataformas, cuyas características permiten la inmersión total o parcial. Se exceptúan los elementos y herramientas destinados a la pesca artesanal."

19. "Art. 377-B. Circunstancias de agravación punitiva. Si la nave semisumergible o sumergible es utilizada para almacenar, transportar o vender, sustancia estupefaciente, insumos necesarios para su fabricación o es usado como medio para la comisión de actos delictivos la pena será de ocho (8) a catorce (14) años y multa de setenta mil (70.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público o quien haya sido miembro de la fuerza pública."

20. "Art. 378. Estímulo al uso ilícito. El que en cualquier forma estimule o propague el uso ilícito de drogas o medicamentos que produzcan dependencia incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años y multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

21. "Art. 382. Tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos. El que ilegalmente introduzca al país, así sea en tránsito, o saque de él, transporte, tenga en su poder elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína o de cualquier otra droga que produzca dependencia, tales como éter etílico, acetona, amoníaco, permanganato de potasio, carbonato liviano, ácido clorhídrico, ácido sulfúrico, diluyentes, disolventes u otras sustancias que según concepto previo del Consejo Nacional de Estupefacientes se utilicen con el mismo fin, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de dos mil (2.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
Cuando la cantidad de sustancias no supere el triple de las señaladas en las resoluciones emitidas por la Dirección Nacional de Estupefacientes, la pena será de cuatro (4) a seis (6) años de prisión y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

22. "Art. 383. Porte de sustancias. El que en lugar público o abierto al público y sin justificación porte escopolamina o cualquier otra sustancia semejante que sirva para

385.[23] La peculiar factura técnica de estos tipos penales, sumada a los elevados marcos penales previstos para estos delitos, no hizo tardar la aparición de planteamientos ante la Corte Constitucional que cuestionaban su constitucional. Este cuestionamiento fue rechazado por la Corte con base en que –entre otros argumentos– no se violaba ninguna garantía constitucional (especialmente la de proporcionalidad) y por ello se consideraba que la decisión del legislador se movía dentro del ámbito de libertad concedido por la Constitución para el diseño de la política criminal del Estado.[24]

Quizá convenga aquí analizar con algo más de detalle las principales características de los delitos previstos en el CP.

Figuras delictivas centrales del sistema: la conservación o financiación de plantaciones y el tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

Según el primero de los delitos centrales contra el narcotráfico resultan punibles las acciones de cultivar, conservar o financiar plantaciones de marihuana o cualquier otra planta de la que pueda producirse cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra droga que produzca dependencia. Dicha prohibición rige siempre y cuando no se haya obtenido un permiso de la autoridad competente,[25] Además, también cae bajo el ámbito de aplicación de este tipo la conservación de más de un kilogramo de dichas semillas,[26] Como es evidente,

---

colocar en estado de indefensión a las personas, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años, salvo que la conducta constituya delito sancionado con pena mayor."

23. "Art. 385. Existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje. Incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años y multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el dueño, poseedor, tenedor o arrendatario de predios donde:
1. Existan o se construyan pistas de aterrizaje sin autorización de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.
2. Aterricen o emprendan vuelo aeronaves sin autorización de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o sin causa justificada, a menos que diere inmediato aviso a las autoridades civiles, militares o de policía más cercana.
3. Existan pistas o campos de aterrizaje con licencia otorgada por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, que no dé inmediato aviso a las autoridades de que trata el literal anterior sobre el decolaje o aterrizaje de aeronaves en las circunstancias previstas en el mismo numeral."
24. CConst, C-689/02, Tafur Galvis.
25. En Colombia la autoridad competente para conceder estas autorizaciones según el art. 5 del ENE es el Consejo Nacional de Estupefacientes en coordinación con los Ministerios de Agricultura y de Salud.
26. Ello significa que la posesión de una cantidad de semillas inferior a 1kg. sea considerada como destinada al cultivo para consumo personal, cfr. FERREIRA, *Derecho penal especial*, Bogotá, 2006, vol. II, p. 227.

esta prohibición es reflejo del amplio espectro de medidas destinadas a erradicar los cultivos ilegales de plantas, empleadas en la elaboración de drogas; de ahí su carácter central en el sistema.

En relación a este art. 375 CP resulta especialmente discutible la equiparación punitiva que hace este artículo entre quien cultiva o financia estas plantaciones ilícitas y quien solamente posee una cierta cantidad de semillas,[27] Aquí no debe perderse de vista que esta delito supone ya una anticipación de la tutela, cuando se tiene en vista que el principal objetivo político-criminal es atacar el *tráfico* y la *producción* de estupefacientes. En este caso, la criminalización del porte de semillas supone una doble anticipación: resulta ser un acto preparatorio de otro acto preparatorio. Dejando aquí de lado los problemas lógicos que esta técnica conlleva para la solución de problemas concursales, se observa claramente una tutela de la salud pública tan lejana que resulta alarmante.

Por su parte, el art. 376 CP prevé el castigo del tráfico de estupefacientes, pero junto a esta conducta también incluye la fabricación y el porte de estupefacientes,[28] Sin perjuicio de las numerosas cuestiones que aparecen implicadas en este artículo, me interesa en este breve comentario resaltar al menos dos de las discusiones o problemas que se presentan en este punto. Básicamente me concentraré en el tratamiento que recibe en el ordenamiento colombiano la posesión de droga para consumo personal y en los problemas que surgen de equiparar las penas de las conductas de tráfico y porte, de cara a la distinción entre delito consumado y tentativa.

Pese a que el mismo art. 376 CP contiene la expresión "salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal",[29] esta aclaración no ayuda demasiado a despejar dudas respecto a la punición o no de esta clase de posesión. El tratamiento

27. Sobre este delito, ver PABÓN PARRA, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 8.º ed., Bogotá, 2011, vol. II, p. 762-763; FERREIRA, op. cit., 225-227; CORREDOR BELTRÁN, De los delitos contra la salud pública. In: AA.VV., *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, 2.º ed., Bogotá, 2011, p. 315-316.

28. Respecto al tratamiento doctrinal de este delito en Colombia, ver PABÓN PARRA, op. cit., p. 764 y ss.

29. El art. 2 j. ENE define la dosis personal en los siguientes términos: "Dosis para uso personal: Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo.
Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos".

jurídico-penal de la denominada "dosis personal" ha recorrido un camino sinuoso. Por empezar, en el año 1994 la Corte Constitucional se pronunció a favor de la despenalización del porte de estupefacientes, destinados al consumo personal. Años más tarde, especialmente durante la administración del presidente Álvaro Uribe, se inició una fuerte campaña en contra de esta sentencia, bajo el amparo de la dudosa premisa de que esta decisión de la Corte explicaba el aumento de los delitos contra la salud pública.[30] Finalmente y tras varios intentos fallidos emprendidos por ese gobierno para revisar esta decisión,[31] se incorporó mediante un acto legislativo de 2009 al art. 49 de la Constitución la siguiente expresión: "El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica". Dejando de lado aquí la discusión sobre si la expresión "está prohibido" implica una prohibición jurídico-penal o sólo administrativa,[32] lo cierto es que no resulta tan claro que en nuestros días la dosis personal no pueda ser objeto de persecución policial y judicial.[33]

Una segunda cuestión polémica de este art. 376 CP es que establece el mismo marco penal para el tráfico o fabricación de estupefacientes y para su porte. Esta cuestión, que podría ser juzgada *prima facie* como un mero desacuerdo con la dosimetría penal escogida por el legislador, acarrea empero algunos problemas dogmáticos y político-criminales nada despreciables. Algunas de las acciones punibles de este artículo son las de introducir o sacar del país estu-

30. Acertadamente cuestionan CAMACHO; GAVIRIA; RODRÍGUEZ, op. cit., p. 48-49, esta apreciación oficial, dado que existe un sinnúmero de otros factores capaces de explicar este aumento. Incluso muestran cómo en el mismo periodo de tiempo en que se observa este aumento en el consumo de drogas en Colombia, se aprecia un aumento similar o mayor en otros países de la región (Argentina y Chile, por ejemplo), donde incluso la prohibición penal del porte de droga para consumo personal también estaba vigente.

31. Al respecto, cfr. LEMAITRE; ALBARRACÍN, Patrullando la dosis personal: la represión cotidiana y los debates de las políticas públicas sobre el consumo de drogas ilícitas en Colombia. In: GAVIRIA URIBE; MEJÍA LONDOÑO (comp.), *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*, Bogotá, 2011, p. 243.

32. Entendiendo que la expresión implica solamente una prohibición administrativa, más no jurídico-penal, cfr. LEMAITRE; ALBARRACÍN, op. cit., p. 243. Así también, PABÓN PARRA, op. cit., p. 768-769.

33. Las dudas tampoco llegaron a despejarse en el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional de 22.07.2011, cuando se inhibió para resolver la demanda contra este artículo por sustitución de la Constitución de 1991, cfr. CConst, C-574/11, Henao Pérez.

pefacientes, y el conservar, portar o vender esta misma sustancia. Esto significa que difícilmente pueda ser castigada alguna persona por una tentativa de tráfico o de exportación ilegal de estupefacientes, dado que ese mismo artículo está castigando instancias previas al comienzo de ejecución de estos hechos.[34] La principal consecuencia de ello es que es difícil imaginar un desistimiento voluntario que excluya el castigo.[35] Pensemos en el caso de una persona que, habiendo injerido algunas cápsulas con heroína para traficarlas en Europa, desiste de tomar el avión que lo llevará hasta España, tras realizar los trámites de migración, por temor a ser sorprendida por la policía al llegar a destino. Pese a que el desistimiento voluntario impediría que el sujeto sea castigado en virtud del art. 376, este enunciado legal se nos "cuela" nuevamente y acaba siendo aplicable al realizarse el verbo típico "conservar" o "llevar consigo". Vemos de este modo que el desistimiento voluntario se torna prácticamente inaplicable respecto al art. 376.

Tipificaciones de actos preparatorios y de actos de participación en los delitos de narcotráfico.

Junto al par de delitos centrales caracterizados anteriormente aparece una serie de tipos penales que castigan de modo autónomo conductas que, en su gran mayoría, ya quedarían abarcadas por las reglas generales del *iter criminis* y de la participación criminal. Estas figuras son la destinación ilícita de muebles o inmuebles (art. 377),[36] existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje (art. 385), uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergibles (art. 377 A y B), estímulo al uso ilícito (art. 378) y el tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos (art. 382).

De cara a la infracción del bien jurídico tutelado en este capítulo del Código (la salud pública), la construcción o utilización de pistas ilegales de aterrizaje o la destinación de muebles o inmuebles para que en él se elaboren, almacenen,

34. Justamente por esta razón interpreta acertadamente Ferreira, op. cit., p. 231, que no cabría aquí la tentativa.

35. Respecto al ámbito general de aplicación del desistimiento voluntario en el CP colombiano, cfr. Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, 2004, p 439 y ss. y Córdoba Angulo, Tentativa. In: AA.VV., *Lecciones de derecho penal: parte general*, 2.° ed., Bogotá, 2011, p. 316.

36. Incluso la expansión de los delitos de narcotráfico se ve más clara cuando la doctrina interpreta que para ser castigado por este delito no hace falta ser propietario del inmueble, sino que basta con ostentar un título de arrendamiento u otra forma de tenencia. Así, Corredor Beltrán, De los delitos contra la salud pública. In: AA.VV., *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá, 2011, p. 319.

transporten o vendan estupefacientes sólo parecen ser relevantes en tanto actos de colaboración con un delito principal de tráfico, fabricación o importación o exportación ilegal de estupefacientes. Sin embargo, el legislador colombiano dispone una tipificación autónoma de estos hechos. En especial la jurisprudencia ha hecho esfuerzos por delinear el ámbito de aplicación del delito del art. 377, de tal manera que este artículo no sea simplemente una tipificación de formas de participación. La Corte Suprema ha entendido que la mera tenencia ocasional de drogas ilícitas en un inmueble no hace aplicable el delito en cuestión, sino que resulta necesario que el bien se encuentre destinado específicamente a su almacenamiento.[37] Si bien la precisión jurisprudencial resulta atinada, no conviene pasar por alto que dicho criterio sigue siendo insatisfactorio para trazar la distinción pretendida y a lo sumo ayuda a distinguir entre el sentido dado al término "almacenamiento" en el art. 377 y en el art. 376.[38]

Por su parte, llama la atención que entre los delitos contra la salud pública (y, en concreto, relativos al tráfico y producción de estupefacientes) aparezca la prohibición de construir pistas de aterrizaje o de aterrizar o emprender vuelos sin autorización estatal.[39] En primer lugar, la sólo literalidad del precepto olvida por completo alguna referencia al destino que tienen estas pistas de aterrizaje o vuelos ilegales y que fue justamente lo que llevó al legislador a introducir aquí este delito: *impedir el traslado clandestino y la posterior venta de la droga producida en territorio colombiano.* La pésima redacción de esta norma lleva a pensar que estamos aquí frente a la criminalización de una simple infracción a la ley de aeronáutica y, por consiguiente, ante una mera contravención administrativa.[40] Pero además resulta de difícil comprensión su ubicación entre los delitos contra la salud pública, dado que en el mejor de los casos la puesta en peligro de este bien jurídico sólo podría verse de un modo muy remoto.[41] Esta

37. CSJ Penal, 23.06.2010, Socha Salamanca. Es menester destacar que en dicho caso se interpretó el art. 34 ENE, cuya redacción concuerda casi en su totalidad con la actualmente vigente en el CP, teniendo por tanto validez esa decisión en relación al art. 377 CP.

38. La doctrina ha interpretado el término almacenamiento en este artículo como: "(...) guardar, sin que se exijan ulteriores finalidades de utilización o comercialización", cfr. PABÓN PARRA, op. cit., p 771.

39. Sobre este delito, cfr. PABÓN PARRA, op. cit., p. 782 y ss.

40. Esta cuestión ya aparecía en CConst, C-689/02, Tafur Galvis. Este razonamiento llevó justamente al impugnante a plantear la vulneración del principio de proporcionalidad. Sin embargo, la Corte avaló la constitucionalidad de la norma (p. 34).

41. Incluso en la doctrina colombiana se cuestiona si el verdadero objeto de protección no es en este caso la soberanía estatal, en lugar de la salud pública, CORREDOR BELTRÁN, op. cit., p. 326.

falla del legislador fue subsanada posteriormente por la jurisprudencia, la que entendió que el art. 385 CP debe ser interpretado de tal manera que solamente comprenda aquellas acciones vinculadas con el narcotráfico.[42]

Asimismo la Ley 1.311/2009 introdujo el art. 377 A que castiga con una pena de prisión de entre 6 y 12 años y multa de entre mil y cincuenta mil salarios mínimos a quien, sin permiso de autoridad competente, use, construya, comercialice o posea (entre los muchos verbos típicos contemplados) semisumergibles o sumergibles. Además, la misma ley introdujo una agravante cuando el uso de estos medios sea para almacenar, transportar o vender estupefacientes y/o sus insumos, o cuando sea para la comisión de delitos. Para entender adecuadamente la razón de la introducción de este nuevo delito es necesario remontarnos al año 2006 cuando marinos de la Armada de los Estados Unidos detuvieron a unos 140km al oeste de Costa Rica un submarino ilegal, en el que se transportaba cocaína desde Colombia hacia los Estados Unidos. Estos "narcosubmarinos" comenzaron a ser usados en esta ruta comercial a finales de los años 90' y recién en 2006 se logró la captura de uno de ellos. Frente a esta situación y como efecto colateral del Plan Colombia se vio la necesidad de introducir al CP también estas conductas.

La redacción de este delito y su ubicación sistemática deja mucho que desear, por razones similares a las esbozadas anteriormente respecto al art. 385. Su vinculación con la salud pública sólo se aprecia una vez que se analiza uno de los supuestos de agravación: la destinación de estos sumergibles o semisumergibles al tráfico de drogas. Sin embargo, la modalidad básica y la agravante por destinación a cometer delitos en general sugiere más bien que estamos ante delitos contra la seguridad pública o de otro tipo,[43] en lugar de un delito contra la salud pública. Igualmente, castigar la sola posesión de estos vehículos con

42. CConst, C-689/02, Tafur Galvis: "Es claro que la norma demandada no sanciona la sola existencia o construcción de pistas de aterrizaje sin la debida autorización, o el solo aterrizaje o iniciación de vuelos sin autorización, o la omisión del aviso a las autoridades, o la sola existencia de pistas o campos de aterrizaje con licencia omitiendo el mismo aviso. Esos son los supuestos fácticos que generan responsabilidad penal pero solo en cuento constituyan conductas que atenten contra el bien jurídico salud pública y en particular, en tanto se trate de actividades vinculadas al tráfico de estupefacientes" (p. 33).

43. No resulta muy difícil imaginar casos en los que estos semisumergibles son empleados para introducir ilegalmente inmigrantes en un país; aquí se estaría realizando el delito del art. 377-A y B, pero en modo alguno se afecta la salud pública.

fines de narcotráfico muestra a las claras una anticipación de la tutela jurídico-penal de dudosa compatibilidad con las garantías político-criminales.[44]

Sin embargo, las manifestaciones más cuestionables de la anticipación de la protección penal de la salud pública se observan principalmente en los delitos de estímulo o propagación del uso ilícito de drogas y la posesión de sustancias que sirven para el procesamiento de narcóticos.[45] Una especial mención merece este último delito. El art. 382 CP amenaza con pena de prisión a quien ilegalmente introduzca o saque del país, transporte o tenga en su poder elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína o de cualquier droga. En ese mismo artículo se realiza una enumeración de las sustancias prohibidas, la que incluye, entre otras, el éter etílico, acetona, amoníaco, permanganato de potasio, ácido clorhídrico, carbonato liviano, ácido sulfúrico, disolventes y otras sustancias que pueden servir para el procesamiento de narcóticos.

La ausencia de un elemento subjetivo del tipo que exija que la posesión o manejo de estas sustancias tenga la finalidad de producir estupefacientes, amplía las fronteras de la punibilidad de un modo insoportable y crea la presunción de que cualquier manejo de estas sustancias sin la autorización legal es para producir narcóticos. Si se considera el amplísimo uso que se hace de gran parte de estas sustancias en la industria y en la medicina, resulta cuanto menos dudoso que la mera posesión sin una autorización de la autoridad competente tenga el sentido unívoco de un empleo para la producción de estupefacientes. Ello no significa que deba prescindirse de un control del tráfico y manejo de estas sustancias, sino que lo relevante es tener presente que la redacción del tipo acaba abarcando algunas conductas inocuas para lesionar el bien jurídico, las que a lo sumo deberían ser consideradas como contravenciones.

Una de las cuestiones más polémicas que surge del análisis de estos tipos es que en el ámbito del Derecho penal del narcotráfico parece tergiversarse una de las reglas máximas que rige el *iter criminis:* la impunidad de los actos preparatorios y su castigo sólo en casos excepcionales.[46] Ya no sólo resulta punible el tráfico y producción de estupefacientes, sino también el estímulo a su uso

44. Para salvar este escollo propone PABÓN PARRA, op. cit., p. 772, interpretar restrictivamente el tipo, exigiendo la puesta en peligro concreta de la salud pública para hacer aplicable el tipo.

45. Respecto a este delito, cfr. PABÓN PARRA, op. cit., p. 773 y ss.

46. Cfr. CÓRDOBA ANGULO, op. cit., p. 310; PABÓN PARRA, op. cit., p. 412.

ilícito, la posesión sin autorización de sustancias útiles para su producción o de vehículos (sumergibles o semisumergibles) que permitan el traslado de la droga. Incluso cuando en nuestros días parece aceptarse con cierta resignación una anticipación de la tutela jurídica y un cierto relajamiento de las garantías político-criminales en estos ámbitos de delincuencia,[47] entiendo que el nivel de alteración que sufren las reglas fundamentales del *iter criminis* resulta aquí intolerable.

La pregunta final que salta a la vista en el análisis de estos delitos es la siguiente: *¿constituye un simple defecto de técnica legislativa (o de "estética dogmática") la tipificación autónoma de fases previas a la producción y tráfico de estupefacientes o de actos de participación en estos últimos delitos?* A simple vista, la coexistencia de normas generales sobre tentativa y participación aplicables a los delitos de narcotráfico y de estos tipos penales podría suponer una mera redundancia en el sistema jurídico-penal. Desde esta perspectiva, el problema no sería mayor, dado que el autor solamente sería castigado por haber realizado con su conducta un único tipo, a partir de aplicar las reglas del concurso aparente. Por ejemplo, en el caso de una persona que tenía arredrando un apartamento destinado exclusivamente para almacenar y producir estupefacientes y que luego trafica con esa droga, tan sólo sería castigado por tráfico de estupefacientes (art. 376 CP). Ello gracias a aplicar la regla de la subsidiaridad material[48] o implícita[49] del concurso aparente: *las figuras más completas o perfeccionadas desplazan a las menos completas o menos perfeccionadas.* Sin embargo, si miramos algo más pormenorizadamente la situación y nos adentramos en las razones que llevaron a introducir estas figuras delictivas, será sencillo concluir que ésta no ha sido la genuina voluntad del legislador.

La tónica fuertemente punitivista de la política criminal colombiana en materia de narcotráfico parece más bien sugerir la aplicación de las reglas de concursos auténticos de delitos, en lugar de las de concursos aparentes. De este modo, sólo estaría en armonía con esta lógica punitivista aquella interpretación que viera en estos tipos penales una voluntad de castigar de forma independiente la consumación del delito y sus fases previas, pese a la existencia de un

47. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 183 y ss.

48. KÜHL, *AT*[6], § 21, nm. 54; ROXIN, *AT*[4], II, § 33, nm. 201; KINDHÄUSER, *AT*[4], § 46, nm. 10; STRATENWERTH; KUHLEN, *AT*[6], § 18, nm. 13.

49. GROPP, *AT*[3], § 18, nm. 17.

designio o plan común.[50] Lo mismo sucedería con la tipificación de las formas de participación. Así las cosas, en el caso anterior correspondería castigar al sujeto con una pena resultante de aplicar las reglas del concurso real a los artículos 376 y 377. Conforme a esta segunda interpretación el autor recibiría la pena del delito más grave –en este caso la del art. 376 CP–, aunque aumentada en otro tanto, según lo dispuesto por el art. 31 CP.[51]

4. CONCLUSIONES Y BALANCE POLÍTICO-CRIMINAL: ÉXITOS Y FRACASOS DE LAS ESTRATEGIAS DE LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO

En esta parte final de la contribución me interesa hacer un pequeño balance de los resultados que se han obtenido de las políticas antidrogas implementadas por Colombia desde 1999 hasta la fecha. Este balance muestra que las estrategias no jurídico-penales han tenido un éxito más bien parcial, toda vez que buena parte de los objetivos principales no se alcanzaron completamente y además porque surgen dudas acerca de si los recursos que se dispusieron en esta lucha contra el narcotráfico fueron invertidos eficientemente. En cambio, los resultados alcanzados por las estrategias jurídico-penales, sintetizadas en un endurecimiento general de la legislación penal, evidencian un estrepitoso fracaso y ello nos da un claro llamado de atención.

En términos generales, el éxito general del Plan Colombia y de las políticas implementadas a partir de él debe medirse tomando como referente diversas variables: el capital invertido en la lucha contra las drogas, la extensión de áreas de cultivos de hoja de coca, los niveles de producción y exportación de narcóticos, la inseguridad pública y el terrorismo. Desde esta perspectiva es posible tender un manto de dudas en relación al cumplimiento de los objetivos principales del Plan Colombia (reducir drásticamente la superficie cultivada con hojas de coca y el comercio y producción de drogas).

En primer lugar, las estadísticas y estudios oficiales indican que, pese a la intensa campaña de erradicación de cultivos ilegales llevada adelante, el

---

50. Así lo defiende la doctrina y la jurisprudencia a partir de considerar que cada figura cumple con un cometido específico. En la doctrina, entre otros, cfr. CORREDOR BELTRÁN, op. cit., p. 320. Ver también CSJ Penal, 29.11.1994, Páez Velandia.

51. Sobre la pena resultante de la aplicación de las reglas del concurso de delitos, cfr. SAMPEDRO ARRUBAL, Concursos de tipos penales. In: AA.VV., *Lecciones de derecho penal: parte general*, 2. ed., 2011, p. 327; POSADA MAYA, El concurso de conductas punibles en el ordenamiento penal colombiano. In: EL MISMO (coord.), *Temas de derecho penal*, Bogotá, 2008, p. 95 y ss.

número de hectáreas cultivadas no ha disminuido de modo significativo.[52] En realidad se entiende que la principal consecuencia de estas campañas ha sido el desplazamiento y relocalización de los cultivos en otras regiones del país o fuera del mismo.[53] El éxito sólo parcial de estas políticas también se explica en buena medida por algunos defectos significativos que afectaron a los planes gubernamentales de desarrollo alternativo. Si uno presta atención a los diferentes planes de acción social que se implementaron por el gobierno colombiano se observa como única constante la de los cambios permanentes en sus políticas de desarrollo alternativo.[54] Además, resulta decisivo en este punto que los incentivos económicos que reciben los beneficiarios por estos programas no alcanzan a ser tan cuantiosos como los beneficios que se obtiene del cultivo de la hoja de coca.[55]

En términos generales puede decirse que el mayor éxito del Plan Colombia se predica especialmente en cuestiones no directamente atinentes a la lucha contra el narcotráfico. Es posible apreciar que los principales avances se lograron en otras materias como, por ejemplo, el mejoramiento de la seguridad pública, el debilitamiento de los grupos terroristas y la modernización de la justicia.[56] Aquí se destacan especialmente los logros en materia de seguridad y lucha contra el terrorismo. Sin embargo, esta situacióncristaliza el viraje que tomó el Plan Colombia a partir de 2001 con la nueva política exterior de la Casa Blanca, ya que pasó a ser central el tema del terrorismo en Colombia y sólo secundaria la lucha contra el narcotráfico.[57] Esta situación pone en duda, de todos modos, si podemos mirar con optimismo estos avances cuando los más de 7000 millones de dólares desembolsados por los Estados Unidos es-

52. Especialmente esclarecedor resulta que la cantidad de hectáreas de cultivo ilícito era de 160.000 en 2000 y que en 2007 sólo se habían eliminado de ese total 40.000 hectáreas. Cfr. *World Drug Report* 2009, UNODC (2009). Igualmente puede apreciarse que la erradicación manual de cultivos de hoja de coca estuvo en 2011 muy lejos de cumplir con el objetivo fijado: de las 40.000 hectáreas planificadas, tan sólo se erradicaron 27.000. Respecto a lo último, cfr. *Diario El Tiempo*, 18.11.2011.

53. MEJÍA, op. cit., p. 72-73.

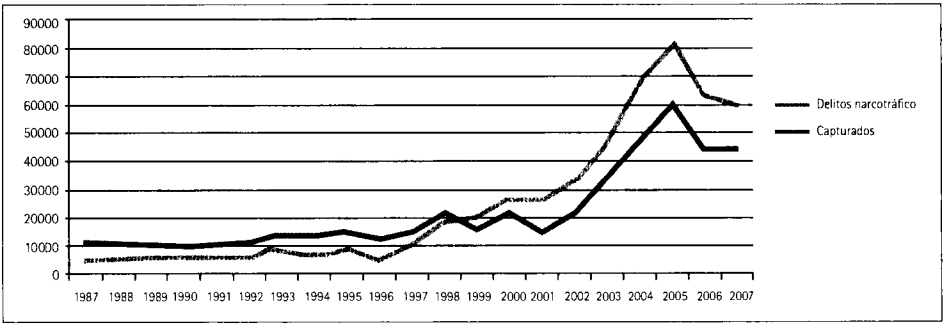
54. Cfr. el detallado y completo análisis de los diferentes programas estatales a lo largo de los años de ZORRO, op. cit., p. 91 y ss.

55. Ídem.

56. Cfr. CEPEDA; TICKNER, op. cit., p. 205 y ss.

57. Cfr. CEPEDA; TICKNER, op. cit., p. 205 y ss.

tuvieron pensados primigeniamente para reducir los cultivos de coca, la producción de cocaína y el consumo de esta sustancia en los Estados Unidos.



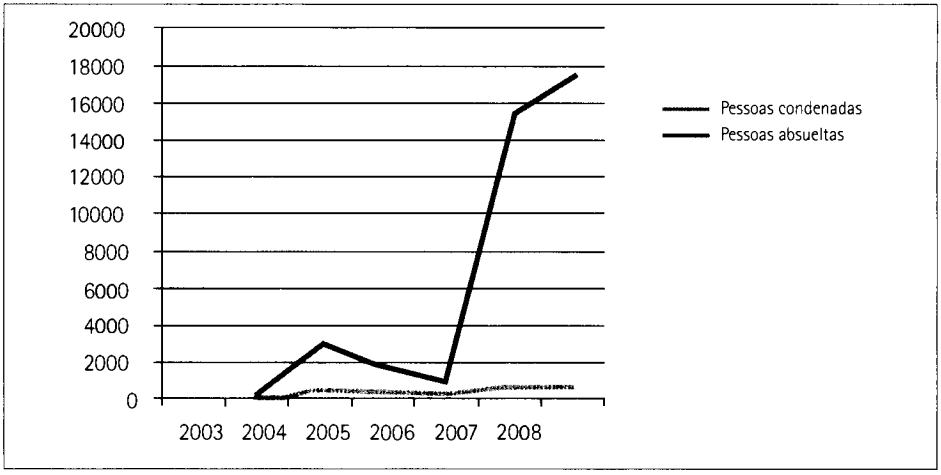
En cuanto a las estrategias puramente jurídico-penales se observa un fracaso similar al que se da en muchas legislaciones que miran ilusoriamente al derecho penal como la panacea de todos lo males.[58] El razonamiento "mayor dureza del derecho penal = mayor disuasión" asiste a un nuevo fracaso.[59] Pese al importante endurecimiento de la legislación penal los números muestran a las claras no sólo que la situación respecto al narcotráfico no ha mejorado, sino también que otros aspectos importantes se han visto empeorados.

Los datos oficiales nos indican que desde la entrada en vigor del nuevo Derecho penal del narcotráfico el número de detenciones por delitos de narcotráfico y figuras afines incrementó notablemente. Según datos de la Policía Na-

58. En los últimos años se han realizado a nivel comparado estudios sobre la real incidencia del Derecho penal en la solución de los problemas que busca atender, los cuales arrojan cifras bastante desalentadoras para la intervención penal. Por ejemplo, en materia de prevención de muertes y lesiones graves producidas en accidentes viales, se constató en España que fue mucho más eficiente el mejoramiento de las condiciones de seguridad de los vehículos y en las autovías y el mayor acatamiento de la obligación de usar el cinturón de seguridad, que el endurecimiento de la legislación penal en los delitos contra el seguridad vial. Al respecto, cfr. ponencia presentada por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *Los nuevos delitos contra la seguridad vial: exceso de velocidad y conducción sin licencia*, el 06.09.2011 en la Universidad de los Andes (Colombia).

59. Respecto a los fracasos generales del programa político-criminal colombiano, caracterizado por la irracionalidad y el punitivismo, cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa, *Nuevo Foro Penal* (71), p. 33 y ss., ene.-jun. 2007.

cional de 2008 el número de capturas por estos delitos aumentó entre 1986 y 2006 en casi un 700%.[60] Asimismo entre 2003 y 2008 el número de sentencias condenatorias por delitos de narcotráfico y delitos conexos aumentó considerablemente, mientras que las absoluciones fueron escasas.[61] De estos datos dan cuenta los siguientes gráficos:



Como puede verse, el endurecimiento general de la legislación penal no cumplió de ninguna manera con su objetivo preventivo y la concurrencia de otros factores adicionales dio como resultado este aumento notable de la narcocriminalidad. Junto a lo anterior cabe apreciar que la reforma del derecho penal del narcotráfico agudizó además los problemas que ya venía padeciendo el sistema judicial y penitenciario, como consecuencia del aumento de procesos y condenas por estos delitos. Si a ello agregamos que los fondos oficiales destinados a ampliar y mejorar el sistema carcelario no necesariamente han sido acordes con este aumento general de la población reclusa, no es difícil advertir la notable crisis que vive el sistema en la actualidad.[62]

En definitiva y a modo de cierre me interesa destacar que pese a los avances que se han logrado en términos de seguridad pública a partir de las políticas contra el narcotráfico en Colombia, todavía existen muchos temas pendientes

60. Ver también ITURRALDE; ARIZA, op. cit., p. 274-276.

61. Al respecto, cfr. el detallado análisis de ITURRALDE; ARIZA, op. cit., p. 280 y ss.

62. Respecto a la inversión pública en prisiones, ver el informe de la Contraloría General de la República: [http://relatorestematicos.uniandes.edu.co/images/stories/relatorias/PRISIONES-OCT2011/ENT.ESTATALES/CONTRALORIA/balancedelapolitica2010.pdf].

de solución. Lo que queda claro es que estos avances no se han logrado "a punta" de Derecho penal, sino de otras estrategias disuasorias ajenas a este instrumento jurídico. Esta realidad nos muestra una vez más el mal uso que se hace del Derecho penal y además los datos nos arrojan a la cara las alarmantes consecuencias que acarrea su uso improvisado y libertino.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Colômbia, dentro do labirinto da violência – O narcotráfico e a marginalização – Repressão ou prevenção? Alternativas, de Abelardo Rivera Llano – *RBCCrim* 1/7;
- La política antidrogas en Colombia y el control constitucional, de Mauricio Martínez Sánchez – *RBCCrim* 48/82; e
- Razones del fracaso del combate internacional a las drogas y alternativas, de Kai Ambos – *RBCCrim* 41/27.

60319

CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO 2

A necessidade de perícia técnica para comprovar a impropriedade dos produtos com prazo de validade vencido

Crimes against consumer relations The need for technical expertise to prove the improprieties of those products with expired validity dates

VERÔNICA ABDALLA STERMAN

Especialista em Direito Penal Econômico pela GVlaw. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Consumidor

RESUMO: O presente trabalho pretende examinar como o crime previsto no art. 7.º, IX, da Lei 8.137/1990 deve ser interpretado à luz dos princípios que regem o direito penal moderno, isto é, se é imprescindível prova pericial para comprovar a impropriedade dos produtos colocados à disposição do consumidor em uma das hipóteses legais de presunção de impropriedade tratada no art. 18, § 6.º, I, do CDC, qual seja, quando expirado o respectivo prazo de validade da mercadoria. Nesse contexto, faz-se um breve estudo sobre a tutela do consumidor no Brasil, analisando-

ABSTRACT: The purpose of this paper is to examine how the crime provided for in art. 7, IX, of Law 8.137/1990 shall be construed in light of the principles that govern modern criminal law. In particular, if expert evidence is required to prove the impropriety of products made available to the consumer, under one of the legal hypothesis, in cases of presumed impropriety, provided for in art. 18, § 6, I of Consumer Protection Code, specifically when the validity date of the product has expired. In this context, a brief study will be conducted on the consumer's protection rights

-se o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 8.137/1990 e, em seguida, passa-se ao exame do referido art. 7.º, IX, com a definição do bem juridicamente tutelado por ele e com a análise dogmática do tipo penal, examinando-se sua tipicidade objetiva, subjetiva e material. Ao se estudar a tipicidade material, discorre-se acerca dos crimes de perigo abstrato e da ilegitimidade de se presumir em absoluto a consumação destes delitos, sem a possibilidade de produção de prova por parte do agente. Para melhor elucidar a teoria tratada neste trabalho, é realizada a análise crítica da posição atual do STF e do STJ sobre a matéria. De referida análise, conclui-se, ao contrário da posição adotada na jurisprudência, que os produtos disponibilizados ao consumidor não podem sofrer presunção absoluta de impropriedade para fins criminais pelo fato de apresentarem seus prazos de validade vencidos, sendo imprescindível oportunizar-se a realização da perícia técnica nestes casos para a efetiva constatação da aludida impropriedade, sob pena de se descaracterizar o delito sob a ótica da exclusiva proteção de bens jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Crime - Relações de consumo - Produtos impróprios para consumo - Prazo de validade - Perícia técnica.

in Brazil, through the analysis of The Consumer Protection Code and Law 8.137/1990 and, subsequently, the aforementioned art. 7, IX, will be examined, with the definition of its protected legal interest and with the dogmatic analysis of the criminal type, looking at its objective, subjective and material characteristics. When studying the material characteristics, an analysis is done on crimes of abstract danger and the illegitimacy of the absolute presumption of occurrence of these crimes, without the agent being able to prove it. In order to better explain the theory presented herein, a critical analysis of the current opinion of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice on the matter is done. Based on this analysis, the conclusion is that contrary to the jurisprudence, products made available to the consumer cannot be subject to absolute presumption of impropriety for criminal purposes only because their validity dates have expired. It is fundamental therefore that a technical expert examination be carried out in these cases to effectively verify the alleged impropriety, to avoid mischaracterizing the offense under the perspective of the exclusive protection of the legal interest.

KEYWORDS: Crime - Consumer relations - Products not apt for consumption - Expiration date - Expert examination.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Dos crimes contra as relações de consumo - 3. Do crime contra as relações de consumo previsto no art. 7.º, IX, da Lei 8.137/1990: 3.1 Considerações iniciais; 3.2 Bem jurídico tutelado; 3.3 Análise dogmática do tipo penal: 3.3.1 Aspectos do prazo de validade para fins criminais; 3.4 Tipicidade material: a lesividade da conduta quanto à sua relação com o bem juridicamente tutelado. Crimes de dano, de perigo concreto ou abstrato? - 4. Análise crítica da posição atual do STF e do STJ - 5. A posição a ser adotada - 6. Considerações finais - 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com o surgimento da sociedade de risco[1] na Era Pós-industrial e a sensação de insegurança popular ocasionada pelo aparecimento de riscos globais

1. O termo "sociedade de risco" foi citado pela primeira vez pelo sociólogo alemão Ulrick Beck, em sua obra "*Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*", 1986.

não delimitados e, com frequência, irreparáveis, o Estado brasileiro acaba por inchar o âmbito de aplicação do Direito Penal, que se torna instrumento de precaução geral.

O legislador passa a criminalizar condutas que não lesionam qualquer bem jurídico ou sequer colocam tais bens jurídicos em perigo de lesão. Surgem, cada vez com mais frequência, os delitos de perigo abstrato, prevendo condutas cuja periculosidade é meramente indiciária e destoando da tradicional dogmática penal até então estudada, já que, para sua configuração, bastaria a presunção absoluta de criação de perigo ao bem jurídico que se tem por meta proteger.

Nesse contexto insere-se o Direito Penal do Consumidor. Dentre os crimes previstos pelo legislador ordinário, situa-se o que prevê a colocação de produtos impróprios ao consumo à disposição do consumidor. É o delito previsto no art. 7.°, IX, da Lei 8.137/1990.

O objeto do presente trabalho está relacionado com a forma de se interpretar referido artigo de modo a delimitar o quê são produtos impróprios ao consumo e como se fazer prova desta impropriedade. Para tanto, proceder-se-á com a análise de umas das hipóteses legais de presunção de impropriedade destes produtos, qual seja, o vencimento do prazo de validade como marco para caracterizá-los como inadequados e a respectiva necessidade de prova pericial para que essa presunção legal de impropriedade torne-se válida para fins criminais.

Na item 2 deste trabalho, far-se-á um breve relato sobre a tutela do consumidor no Brasil. Na item 3, prosseguir-se-á com a definição do bem jurídico tutelado pelo art. 7.°, IX, da Lei 8.137/1990, bem como com análise dogmática do tipo penal e de sua tipicidade material. O item 4 discorrerá acerca de como o STF e o STJ têm entendido o tema. O item 5 tratará da posição que deve ser adotada à luz dos princípios e regras que regem o direito penal moderno. Por fim, serão apresentadas, no item 6, as considerações finais deste trabalho.

2. DOS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Para tutelar a nova perspectiva das relações de consumo na sociedade de risco que, de uma relação entre fornecedor e consumidor estritamente pessoal, de conhecimento e respeito recíprocos, passa a ser uma relação industrial, na

---

A obra foi traduzida para a língua espanhola. em 1998, por Jorge Navarro, Daniel Jimenéz e Maria Rosa Borras.

qual predomina a ânsia pelo lucro e o descaso com o consumidor, que se torna fragilizado frente aos desígnios das grandes potências econômicas, o legislador promulga as seguintes normas: o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078, de 11.09.1990) e a Lei 8.137, de 27.12.1990.

O CDC é publicado com o intuito de disciplinar normas gerais, princípios e regras atinentes à ampla proteção do consumidor nos mais diversos ramos do Direito, incluindo o criminal, com vistas a materializar o disposto no art. 5.º, XXXII,[2] bem como o contido art. 170, V,[3] ambos da Magna Carta brasileira.

Isso porque, além de garantia fundamental, a Constituição Federal de 1988 elevou o Direito do Consumidor a princípio orientador da atividade econômica. Por essa razão se diz que o Direito Penal do Consumidor insere-se no campo do Direito Penal Econômico.

Nas matérias atinentes à legislação civil, administrativa e processual, o CDC apresenta disposições eficazes, garantidoras dos direitos dos consumidores dentro das grandes disputas de mercado existentes. Mais do que isso, apresenta-se como eficiente meio de combate às desigualdades advindas da sociedade de risco, de modo a dar instrumentos ao consumidor para avalizar a isonomia entre as partes da relação de consumo.

Já no que concerne à parte criminal, a mesma sorte não lhe cabe. Em seu Título II, o CDC dispõe sobre as infrações penais entre os arts. 61 a 80. O Código tipifica 12 condutas penalmente relevantes, sendo certo que nos dispositivos restantes – art. 75 e ss. – regula regras atinentes ao concurso de pessoas e à aplicação das circunstâncias agravantes no âmbito do direito penal do consumidor, bem como a fixação das penas pecuniárias e demais penas aplicáveis, além de traçar regras sobre a concessão de fiança e admissão de assistência de acusação no processo penal (BRASIL, 1990a).

Com relação aos crimes em espécie, o legislador consumerista adotou majoritariamente a corrente de criminalização aberta antes mencionada. Há ampla utilização de conceitos vagos e indeterminados, na qual basta a simples realização da conduta descrita no tipo penal para a consumação do delito.

---

2. "Art. 5.º
(...)
XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor" (BRASIL, 1988).

3. "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor" (BRASIL, 1988).

O mesmo ocorre no âmbito da Lei 8.137, de 27.12.1990, no que tange aos crimes contra as relações de consumo, publicada cerca de três meses após o CDC.[4]

A comissão formada para a elaboração de referida lei tinha o intuito de rever a Lei 1.521/1951 (Lei dos Crimes Contra a Economia Popular), de molde a atualizá-la, bem como criar novos tipos penais dentro da moderna realidade econômica, política e social (FILOMENO, 1999, p. 226). Assim, além de prever crimes contra a ordem tributária e econômica, a lei reservou um de seus artigos para versar sobre os crimes contra as relações de consumo.

Trata-se do art. 7.º da Lei 8.137/1990 que, em seus nove incisos, tipifica outras nove condutas no âmbito da tutela penal do consumidor. Embora muitas delas guardem extrema semelhança as já previstas pelo CDC, as penas de um e outro instrumento normativo variam consideravelmente: enquanto no CDC a pena máxima prevista pode chegar aos 2 anos de detenção, no art. 7.º da Lei 8.137/1990, essa pena alcança os 5 anos (BRASIL, 1990b).

Diferenças à parte, o fato é que ambas as leis promovem considerável alargamento das regras de Direito Penal até então vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, trazem uma tutela penal diferenciada no âmbito das relações de consumo, o que, na visão de Fernando Capez representa tão somente a tentativa de fazer com que as demais normas inseridas no CDC tenham a sua eficácia garantida, o que confere o caráter meramente instrumental dessas infrações penais em face das regras civis e administrativas atinentes à proteção do consumidor (CAPEZ, 2009, p. 60).

Essa transposição de princípios diversos para a disciplina penal, afirma Rogério Marcolini, acaba por afrontar alguns dos princípios elementares do Direito Penal, tais como o da reserva legal, da presunção de inocência, da culpabilidade e da responsabilidade subjetiva (MARCOLINI, 2001, p. 238).

Nesse contexto, passa-se a analisar um dos tipos penais previstos no art. 7.º da Lei 8.137/1990, qual seja, o delito descrito no inc. IX que, não obstante tratar-se de conduta vaga não determinada pela norma penal – mas, para alguns, complementada pela lei civil –, para que os princípios do Direito Penal acima

4. Embora editado em 11.09.1990, o Código de Defesa do Consumidor somente entrou em vigor aos 12.03.1991, 180 dias após a sua publicação, nos termos de seu art. 118. Já a Lei 8.137/1990 foi publicada com aplicação imediata aos 27.12.1990, data anterior à vigência do CDC. Sobre o assunto, v. Eduardo Reale Ferrari (FERRARI, 2002, p. 14-16), José Geraldo Brito Filomeno (FILOMENO, 1999, p. 226) e Rogério Marcolini (MARCOLINI, 2001, p. 243).

referidos não sejam desrespeitados, bem como para que o delito não seja apenas um meio de se impor o cumprimento de outras normas do CDC, de cunho não penais, faz-se necessária uma interpretação restritiva do dispositivo.

3. DO CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO PREVISTO NO ART. 7.º, IX, DA LEI 8.137/1990

3.1 Considerações iniciais

O art. 7.º, como dito, trata dos crimes contra as relações de consumo. No inc. IX, prescreve-se a conduta de "vender, ter em depósito para vender ou expor à venda, ou de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo". A pena abstratamente prevista para o delito vai de 2 meses a 5 anos de detenção, além da multa (BRASIL, 1990b).

Referido artigo foi sancionado sem qualquer ressalva pelo então Presidente da República, que vetou redação muito similar contida na proposta de art. 62 do CDC,[5] sob o argumento de que "em se tratando de norma penal, é necessário que a descrição da conduta vedada seja precisa e determinada. Assim, o dispositivo afronta a garantia estabelecida no art. 5.º, XXXIX, da Constituição" – princípio da legalidade (BRASIL, 1990c).

Todavia, a redação do inc. IX acima é ainda pior do que a trazida pelo art. 62,[6] o que torna curiosa a sanção ao aludido dispositivo. Com efeito, se o art. 62 foi vetado por ferir o princípio da legalidade penal, não haveria razão para que o inc. IX fosse sancionado, já que sua disposição é tão vaga quanto a vetada. Por essa razão, a promulgação de aludida norma ensejou – e ainda enseja – críticas por grande parte da doutrina brasileira, como se verá ao longo do presente trabalho.

Antes, contudo, é mister se proceder à análise do bem jurídico tutelado por referido artigo e, em seguida, à análise dogmática do tipo penal, para se

5. "Art. 62. Colocar no mercado, fornecer ou expor para fornecimento produtos ou serviços impróprios. Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa.
§ 1.º Se o crime é culposo:
Pena – Detenção de três meses a um ano ou multa.
§ 2.º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte" (BRASIL, 1990c).

6. Nesse sentido, Rizzato Nunes afirma que a norma traz ainda mais impropriedades em sua redação, pois usa expressões não utilizadas anteriormente pelo CDC, tais como "matéria-prima" e "mercadoria", o que dificulta a aplicação do tipo penal (NUNES, 2007, p. 252-253).

verificar qual a melhor forma de interpretação a ser utilizada para que se possa criar ao menos um risco mínimo de lesão ao bem jurídico, a fim de trazer relevância penal ao fato descrito na norma incriminadora à luz dos princípios da estrita legalidade, tipicidade e taxatividade penais e máxima proteção de bens jurídicos.

3.2 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico, nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias, é definido 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" (DIAS, 2004, p. 291).

Com a tendência expansiva do Direito Penal e a mudança na política criminal mencionada anteriormente, adentrando em esferas de proteção que antes competiam unicamente ao Direito Civil e a regras administrativas, amplia-se o campo de interesse do Estado repressor.[7] De um domínio que se concentrava em responder à lesão a bens individuais, transmuda-se num outro que passa a intervir logo quando se exponham a perigo (abstrato) bens supraindividuais, imateriais, que tutelam interesses difusos, de toda a coletividade. É o que ocorre com a tutela penal do consumidor.

O legislador consumerista opta pela proteção de bens jurídicos que, por sua própria essência, são pouco precisos, o que dificulta o potencial fundamentador do tipo penal.

É nesse aspecto que se insere o art. 7.°, IX, da Lei 8.137/1990. O bem jurídico imediato por ele tutelado é a proteção e integridade da relação de consumo,[8] sua seriedade, importância e retidão, na qual a prática da conduta incriminada coloca em risco toda uma coletividade indeterminada de consumidores que poderiam ter adquirido o produto em condições impróprias para o consumo.

Em um segundo plano – mas não menos importante –, a norma também visa a proteger o próprio consumidor, parte integrante da relação de consumo,

---

7. Esse fenômeno é chamado por Mir Puig de "Administrativação do Direito Penal".

8. Há autores, como Roberto Delmanto (DELMANTO, 2006, p. 354), que entendem ser a própria ordem econômica o bem jurídico tutelado, já que é nesse contexto que a norma encontra-se inserida em legislação penal especial. Ousamos discordar desse posicionamento, pois não há qualquer indício, pela letra da lei, de que o legislador tenha desejado incumbir ao inc. IX o dever de tutelar a ordem econômica. O fato típico tutela, quando muito, a relação de consumo e a hipossuficiência do consumidor em relação a ela.

que pode ser lesado com a aquisição da mercadoria, seja por colocar a sua saúde ou a própria vida em risco, seja por gastar suas economias na aquisição de um produto inadequado ao fim a que se destina.

Assim, a proteção ao bem jurídico imediato não exclui a necessidade de proteção ao bem jurídico mediato. Nas palavras de Antonio Cezar Lima da Fonseca, "proteger a relação de consumo significa proteger o consumidor", sendo aquela a célula-mãe deste, a sua origem (FONSECA, 1999, p. 46).

Independentemente da esfera de proteção que se queira atribuir ao tipo penal – se a direitos difusos ou a direitos individuais –, a conduta do sujeito ativo deve ser apta a lesionar ou ao menos criar um risco de lesão a esses bens jurídicos – quer a relação de consumo entre fornecedor e consumidor, quer a proteção do próprio consumidor ou ambos –, sob pena de se afrontar o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, além dos demais princípios mencionados anteriormente.

Tomando por base essa premissa, passa-se a discorrer acerca da tipicidade objetiva e subjetiva do delito, para se verificar como a prática da conduta abstratamente prevista pelo legislador influenciará na consumação do delito, do ponto de vista da tipicidade material.[9]

3.3 Análise dogmática do tipo penal

Considera-se sujeito ativo do crime o fornecedor, comerciante, ou aquele que produz bens destinados ao consumidor final, nos termos do art. 3.º do CDC.[10] Trata-se de crime próprio, no qual deve estar caracterizada a relação de consumo e a hipossuficiência do consumidor para com aquele que pratica a conduta típica.[11] Por sua vez, o sujeito passivo é o consumidor, nos termos

---

9. A tipicidade material consiste na criação ou incremento de um risco proibido relevante ao bem jurídico tutelado, o qual deve ser concreto e real, de modo que o bem tutelado seja efetivamente lesionado ou posto em real perigo de lesão.

10. "Art. 3.º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
§ 1.º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
§ 2.º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista" (BRASIL,1990a).

11. Nesse sentido, Antonio Cezar Lima da Fonseca (FONSECA, 1999, p. 47) e Roberto Delmanto (DELMANTO, 2006, p. 354-355). No sentido de ser crime comum, que pode

do art. 2.º do CDC,[12] lesado pela aquisição – gratuita ou onerosa –, ou pela possibilidade de adquirir produto impróprio ao consumo.

São quatro os núcleos do tipo: (a) vender, que significa alienar onerosamente, trocar algo por dinheiro; (b) ter em depósito para vender – nesse caso, a finalidade específica de venda deve estar presente, não se configurando o crime caso o produto esteja em depósito para ser destruído posteriormente ou por qualquer outra razão –; (c) expor à venda, que importa colocar a mercadoria imprópria em oferta, ao alcance do consumidor, com atribuição de preço; e, por fim, (d) entregar, de qualquer forma, o que amplia o núcleo do tipo e torna o rol de condutas meramente exemplificativo.

O objeto material do delito é a matéria-prima ou a mercadoria imprópria para o consumo. Tais expressões recebem a crítica de Rizzatto Nunes, que afirma ser a redação do vetado art. 62 do CDC melhor formulada. Com efeito, diz o autor, "'matéria-prima' está mais para insumo de produção que para bem adquirido pelo consumidor e 'mercadoria' não é a terminologia mais adequada: produto foi a correta designação fixada pelo CDC" (NUNES, 2007, p. 653).

Para além das críticas quanto à terminologia adotada pelo legislador ordinário, grande parte da doutrina brasileira questiona a própria efetividade do dispositivo em tela, quanto ao seu objeto material, diante do vago conceito a respeito do que seriam condições impróprias para o consumo para fins criminais. Para parte da doutrina, esse artigo tipifica conduta verdadeiramente atípica (PODVAL, 1999, p. 4), anormal (BARBOZA, 1998, p. 12) ou até mesmo meio inidôneo para a prática de crimes contra as relações de consumo, uma vez que carece de relevância em matéria penal (MARCOLINI, 2001, p. 253 e 255).

Para Guilherme de Souza Nucci, a expressão "impróprias para consumo" configura elemento normativo do tipo, passível de ser comprovado por perícia (NUCCI, 2009, p. 1038).

Há autores, no entanto, assim como a jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores pátrios que consideram a expressão como norma penal em branco, incompleta, que necessita de um complemento normativo em seu preceito primário para ser inteiramente aplicável. Sem esse complemento –

---

ser cometido por qualquer pessoa: Paulo José da Costa Júnior (COSTA JÚNIOR, 1999, p. 117).

12. "Art. 2.º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo" (BRASIL, 1990a).

normalmente advindo de normas extrapenais –, a lei criminal torna-se inexequível.

De acordo com essa visão, a redação do inc. IX seria complementada pelo art. 18, § 6.°, do CDC, que determina o que são produtos impróprios para o consumo para fins de responsabilização civil:

"Art. 18. (...)

§ 6.° São impróprios ao uso e consumo:

I – os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II – os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III – os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam" (BRASIL, 1990a).

O dispositivo regula a responsabilidade objetiva dos fornecedores por vício do produto ou do serviço, i.e., responsabiliza o comerciante, independentemente de comprovação de culpa, caso o produto colocado à disposição do consumidor apresente vícios de qualidade ou quantidade que o torne impróprio ou inadequado ao consumo a que se destina.[13]

Para efeitos indenizatórios, não se discute se a mercadoria era ou não efetivamente imprópria ao consumo. Basta, por exemplo, que esteja com o prazo de validade vencido para gerar o dever de ressarcir o consumidor, independentemente de comprovação de culpa. O legislador civil se contenta com a antecipação da responsabilidade.

Já na esfera penal – considerando, para os fins deste trabalho, apenas o inc. I do § 6.°, que trata de produtos cujos prazos de validade estejam vencidos – essa antecipação da responsabilidade não é suficiente para tipificar o delito de acordo com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Existem alguns aspectos do prazo de validade de um produto que não podem ser esquecidos, máxime quando se analisar o dispositivo para complementar redação de norma penal incriminadora.

13. Difere-se vício do produto (ou do serviço) de fato do produto (ou do serviço), ocorrendo o primeiro quando o produto apresenta uma falha qualquer, que lhe diminua apenas o valor ou a utilidade, e ocasione, em decorrência, lesões de ordem intrínseca ao consumidor. Já o fato do produto ocorre quando há uma causa objetiva de um dano causado ao consumidor pelo produto, também conhecido como acidente de consumo. Nesse caso, a lesão se exterioriza.

3.3.1 Aspectos do prazo de validade para fins criminais

Nesse sentido, a presunção – absoluta – de impropriedade do produto feita pelo legislador ordinário na ótica da responsabilidade civil não deve ser levada em consideração, sem qualquer ressalva, para fins criminais, quer porque (a) os prazos de validade são fixados pelo próprio fabricante que, diante da norma de obrigação de responsabilização objetiva pelo produto deteriorado,[14] fixa os prazos de validade com certa cautela, i.e., com folga para que o produto não se deteriore dentro do prazo determinado, considerando as diferentes formas de conservação adotadas por cada fornecedor direto, quer porque (b) o simples fato de o produto estar com o prazo de validade vencido não significa, de per si, que ele está impróprio ao consumo.

Com efeito, como leciona Rizzatto Nunes "o prazo de validade não é um símbolo mágico que imediatamente ultrapassado transforma o produto em estragado" (NUNES, 2007, p. 656).

De fato, sendo o prazo de validade um dado fixado exclusivamente pelo fabricante, com base em sua experiência subjetiva sobre a deterioração do produto a ser colocado à disposição do consumidor,[15] não pode ser ele utilizado como fato indicador da responsabilidade penal, mesmo porque o fabricante, não raras as vezes, fixa o prazo de validade com base no frescor do produto (por exemplo, bolachas, biscoitos), para manter a boa fama e a tradição, e não baseado na degeneração do produto. Produtos "murchos" não são e nem devem ser considerados nocivos ao consumidor.[16]

---

14. Art. 18, § 6.º, II, do CDC (BRASIL, 1990a).

15. Quanto à fixação do prazo de validade de um produto, é importante salientar que não existem normas administrativas ou da Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária que regulam a matéria. O prazo de validade de um produto é definido subjetivamente pelo fabricante, com base nos dados adquiridos durante o desenvolvimento do produto, bem como com base em estudos de estabilidade realizados para controle das características sensórias, físico-químicas e microbiológicas do produto. Com relação a estes estudos de estabilidade, cada produto é submetido a testes específicos para avaliação de suas características: quando se trata de análise sensorial, os procedimentos são definidos e aprovados dentro da própria empresa, já para as análises físico-químicas e microbiológicas, são seguidos os procedimentos aprovados pelos órgãos reguladores (Mapa – Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e Anvisa) e/ou por organismos internacionais, como o *Codex Alimentarius*.

16. Nesse sentido, Roberto Podval afirma que "um produto tingido, uma farinha de rosca com impurezas, um produto vencido há um ou dois dias não podem e nem devem ser passíveis de punição penal pelo simples fato de serem impróprios ao consumo, pois

Assim, a responsabilidade que o fabricante tem sobre a fixação do prazo de validade se dá apenas como garantia de que durante a vigência deste prazo o produto não sofrerá qualquer tipo de alteração nas suas características e limites previamente definidos e devidamente regulamentados.

Ademais, ressalte-se que existem produtos, mesmo dentro do prazo de validade, que se encontram estragados, em condições impróprias ao consumo e que também podem ser levados em consideração para fins criminais. Todavia, se a limitação para a responsabilidade penal for simplesmente o prazo de validade, essas pessoas ficariam – indevidamente – impunes.

Saliente-se, nesse aspecto, que a responsabilidade penal é subjetiva. Assim, a impunidade somente se verificaria se, comprovado o dolo do sujeito na prática de uma das condutas incriminadas, não se fizesse nada pelo simples fato de o produto estar dentro do prazo de validade fixado pelo fabricante.

Quando o legislador tipifica criminalmente a colocação de produtos em condições impróprias para o consumo à disposição do consumidor, certamente toma por base a criação ou incremento de um risco relevante ao próprio consumidor. O produto deve estar estragado ou deteriorado[17] para existir crime. Caso contrário, haverá apenas hipótese de responsabilização civil.

Os tipos penais devem ser certos e determinados, capazes de conduzir o intérprete da norma a uma solução justa e atrelada aos demais princípios vigentes no ordenamento jurídico. Por essa razão, inclusive, é que se vetou o art. 62 do CDC: por violar o princípio da estrita legalidade penal.

Feitas essas considerações acerca dos aspectos do prazo de validade para fins criminais e sobre a expressão "condições impróprias para o consumo" como complemento do objeto material do delito, é importante ressaltar que, para que a matéria-prima e a mercadoria deterioradas se configurem efetivamente como objeto material do delito, elas devem ser necessariamente destinadas ao consumidor final.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, consistente na vontade livre e consciente de praticar alguma das condutas incriminadas. Para tanto, o agente deve ter conhecimento de que a mercadoria se encontra imprópria para o consumo. O dolo específico é exigido apenas para o elemento normativo "ter em depósi-

---

ainda assim, é possível que nenhum mal façam aos consumidores" (PODVAL, 1999, p. 4).

17. A deterioração de um produto pode estar relacionada a diversos fatores: ação microbiológica, ação enzimática, interferência externa, entre outros. Todavia, não existem parâmetros que regulam a deterioração.

to para vender", cujo objetivo da manutenção em depósito deve ser a venda da mercadoria a algum consumidor.

O parágrafo único do art. 7.º admite a modalidade culposa para o crime ora em comento, apenada com redução (obrigatória, e não facultativa) de pena que pode chegar a um terço da detenção ou à quinta parte da multa inicialmente prevista no tipo penal. Nesse aspecto, para que o crime culposo se caracterize, o agente deve agir com negligência, imprudência ou imperícia, tendo conhecimento ou ao menos aceitando o fato de que a mercadoria posta à disposição do consumidor se encontra inadequada ao consumo e de que esta inadequação decorre de um ato comissivo ou omissivo seu. Se o agente se precaveu, tomando todos os deveres de cuidado que lhe incumbia, como manter a mercadoria em condições apropriadas de temperatura, acondicionamento e higiene, além de orientar e exigir de seus subordinados os mesmos deveres de cuidado, e mesmo assim a mercadoria se tornou imprópria para o consumo, não há que se falar em responsabilidade penal por crime culposo, já que nesse caso inexiste a previsibilidade, quer objetiva quer subjetiva do agente, na produção de qualquer resultado criminoso.

Com relação ao momento consumativo do delito, este varia dependendo do núcleo do tipo considerado: (a) na conduta "vender", o delito se consuma com a entrega da mercadoria ao consumidor, ainda que não haja o efetivo pagamento (como nas compras a prazo): basta a inversão da posse; (b) na conduta "expor à venda", consuma-se com a colocação do produto em prateleiras ou vitrinas; (c) já no "ter em depósito para vender", o momento consumativo é a guarda da mercadoria, com o intuito inequívoco de vendê-los posteriormente ao consumidor,[18] e, por fim, (d) na entrega, por qualquer outra forma e a qualquer título, dos produtos impróprios ao consumidor, desde que seja disponibilizada a posse direta da mercadoria.

Quanto ao resultado, considerando-o como a alteração no mundo fenomênico, para as condutas "vender" e "entregar de qualquer forma", o crime é material.

Com efeito, para que o delito se consume com a comissão dessas condutas (considerando-se a consumação apenas no âmbito da tipicidade objetiva), há a necessidade de, após a realização de um negócio jurídico gratuito ou oneroso, transferir a posse do produto em condições impróprias ao consumo para o consumidor. Isso faz com que o mundo fenomênico (ou naturalístico) se altere: a mercadoria, que antes pertencia ao fornecedor, agora passa a pertencer ao

18. Nesse sentido, v. decisão do STF proferida no HC 76.959-7/SP (BRASIL, 1998).

consumidor e, sem essa efetiva venda ou entrega do produto ao consumidor, o delito não se consuma.

Nesses casos a tentativa é admissível, pois referidas condutas pressupõem diversos atos anteriores, como possuir a mercadoria imprópria ao consumo, negociar com o consumidor o preço da mercadoria, concretizar o negócio jurídico de compra e venda ou de entrega a qualquer título e, por fim, disponibilizar a posse do produto ao consumidor. É possível, portanto, que o agente tente vender ou entregar a mercadoria imprópria ao consumo e não consiga, por circunstâncias alheias à sua vontade.

Em contraposição, nas condutas "ter em depósito para vender" e "expor à venda" o crime é formal ou de mera conduta,[19] uma vez que não se exige qualquer alteração no mundo fenomênico para a sua consumação. De fato, basta a realização da conduta descrita no tipo penal: a manutenção da mercadoria em depósito para venda ou a sua exposição à venda. A conduta em si não pressupõe qualquer alteração no mundo exterior. Há efetiva antecipação da tutela penal.

Ilustra-se: a conduta de expor à venda um produto se configura com a simples exposição do produto à venda. Não é necessário qualquer resultado ou efeito adicional à conduta descrita na norma penal. O tipo incriminador se preenche através da mera execução de um determinado comportamento, i.e., o delito se consuma, dentro da análise da tipicidade objetiva, com a simples ação do agente, já descrita no tipo penal.

Por este motivo aqui a tentativa não é admissível. A mera ação do agente já implica em consumação da conduta incriminadora. Ademais, além de formais, as condutas consistem em crimes permanentes, cuja consumação se protrai no tempo.

Cabe lembrar ainda que a tentativa não é válida se o crime for praticado de forma culposa. Isso porque, na tentativa, o delito não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, enquanto nos crimes culposos há a

19. Há quem distinga os crimes formais dos de mera conduta, sendo os primeiros os crimes de atividade que comportariam a ocorrência de um resultado naturalístico, embora, para a consumação do delito, não exista essa exigência pelo legislador, enquanto os de mera conduta seriam os delitos que não comportariam a ocorrência de um resultado material, bastando a adequação da conduta ao tipo penal para a sua consumação. Nesse sentido, Damásio Evangelista de Jesus (JESUS, 1998, p. 189), Fernando Capez (CAPEZ, 2006, p. 104-105) e Julio Fabbrini Mirabete (MIRABETE, 1998, p. 130).

consumação, mas sem que o agente tenha querido ou desejado a produção do resultado.

Entretanto, para que as condutas humanas do agente mereçam a atenção do Direito Penal, não basta considerar-se apenas a produção ou não de um resultado naturalístico (tipicidade objetiva), mas é necessário que sejam também materialmente típicas, i.e., nelas deve haver o chamado desvalor do resultado, para o qual não basta o simples enquadramento da conduta à letra formal da lei, mas há a necessidade de criação ou incremento de um risco proibido relevante ao bem jurídico que se tem por meta proteger. É o que se passa a analisar.

3.4 Tipicidade material: a lesividade da conduta quanto à sua relação com o bem juridicamente tutelado. Crimes de dano, de perigo concreto ou abstrato?

A classificação dos delitos quanto à materialidade se faz no plano de análise da potencialidade de risco criado ou incrementado ao bem jurídico: se há uma efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, diz-se que o crime é de dano, como no exemplo do crime de homicídio, no qual o bem jurídico vida é efetivamente atingido com a consumação do fato criminoso.

Nos delitos de perigo a realização do tipo não pressupõe a lesão, mas antes se basta com a mera colocação do bem jurídico em risco, é dizer, para sua consumação basta a possibilidade de dano. Os crimes de perigo, tradicionalmente, se dividem em crimes de perigo concreto e abstrato. Nos crimes de perigo concreto o próprio tipo penal exige que se produza efetivamente uma probabilidade de lesão, i.e., para a consumação do delito, exige-se a existência de uma situação concreta de perigo, como por exemplo o delito de perigo de contágio venéreo.

Por sua vez, os delitos de perigo abstrato são aqueles cuja situação de perigo é presumida, quer pelo legislador, quer pelos aplicadores e intérpretes da norma – juízes, advogados, promotores de justiça, etc. Diz-se que essa presunção de perigo é *jure et de jure*, ou seja, não admite prova em contrário, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa.

Na definição de Pierpaolo Cruz Bottini, os crimes de perigo abstrato "prescindem da referência a fenômenos externos à atividade descrita como ilícita. Sob o aspecto formal, a mera prática da conduta indicada na norma exaure os aspectos objetivos do tipo penal" (BOTTINI, 2007, p. 112). Um exemplo de delito deste tipo, segundo entendimento majoritário atual da doutrina e jurisprudência do STF e do STJ – como se verá adiante –, é o crime contra as relações de consumo ora em comento.

Todavia, adotando-se moderna visão do Direito Penal,[20] nas quais uma conduta, para ser penalmente típica, exige tanto o desvalor da ação (tipicidade objetiva) quanto o desvalor do resultado (tipicidade material), não há como se admitir a existência pura e simples do delito de perigo abstrato no ordenamento jurídico brasileiro tal como sugerido pela doutrina tradicional, i.e., com presunção absoluta de perigo.

Isso se dá porque os delitos de perigo abstrato devem apresentar, no mínimo, algum grau de potencialidade lesiva concreta ao bem jurídico tutelado. Conforme adverte Bottini:

"Um Estado plural não pode direcionar a norma repressiva para a consolidação de determinados modos de pensar, ou de uma moral específica. Não é concebível a tipificação de condutas que não sejam aptas, ao menos potencialmente, para lesionar ou colocar em perigo bens jurídicos. Nesse contexto, a fixação do referente individual nos bens jurídicos cumpre o papel de pautar a construção e a interpretação de tipos penais, corrigindo desvirtuamentos que surgem da ansiedade estatal em recuperar uma legitimidade de atuação, perdida diante dos novos riscos" (BOTTINI, 2007, p. 190).

Nas palavras de Jaime Náquira Riveros:

"Se a realização de uma conduta não causou dano nem expôs um bem jurídico a perigo, esta conduta não é relevante para a ordem penal; para tanto, o perigo (concreto e abstrato) deve sempre haver existido para que uma conduta seja classificada como delitiva" (RIVEROS, 1998, p. 88, trad. nossa).[21]

Assim, a fim de não desqualificar por completo a existência dos crimes de perigo abstrato no ordenamento jurídico brasileiro, o que se pretende é formular técnica de interpretação normativa para que não sejam considerados, de pronto, inconstitucionais, mormente em se tratando de apreciar prazos de validade como determinantes para a constatação da impropriedade do produto para fins criminais.[22]

---

20. Regido, entre outros, pelos princípios da subsidiariedade, intervenção mínima, lesividade e máxima proteção a bens jurídicos.

21. "Si la realización de una conducta no ha dañado ni puesto en peligro a um bien jurídico, dicha conducta no es relevante para el orden penal; por lo tanto, el peligro (concreto y abstracto) debe siempre haber existido para que una conducta pueda ser calificada de delictiva" (RIVEROS, 1998, p. 88).

22. Parte da doutrina considera que os delitos de perigo abstrato carecem da necessária objetividade jurídica, por não exigirem perigo real. Nesse sentido, v. Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira (OLIVEIRA, 2004, p. 95-99).

Para tanto, propõe-se a aceitação – parcial – desta modalidade de perigo tal como sugerida pela doutrina. Apenas no que diz respeito à presunção *jure et de jure* da periculosidade da conduta cumpre fazer uma ressalva: o sujeito ativo deve ter a oportunidade de provar, ainda que a posteriori, que o bem jurídico tutelado pela norma não sofreu, com a sua conduta, sequer risco de ser lesionado.

Só assim se poderá verificar – com a rigidez exigida pelo Direito Penal – se a conduta causou ou não um dano *ex ante* ao bem jurídico protegido.

Explica-se: nos delitos de perigo abstrato, o legislador pressupõe a criação ou incremento de um risco relevante ao bem jurídico tutelado. Tal risco, por ser presumido pelo legislador, se verifica antes mesmo da realização de qualquer conduta. Aliás, esse é o motivo determinante da tipificação penal dos crimes de perigo: o legislador incrimina certos comportamentos a fim de evitar a ocorrência de situações que, de antemão, considera lesivas ao bem jurídico que se tem por meta proteger.

Contudo, essa presunção legal – de criação de perigo *ex ante* – deve ser sempre relativa, sob pena de se afrontarem os princípios mais basilares do Direito Penal. Assim, se o sujeito ativo do delito puder comprovar ex post que sua ação ou omissão sequer causou potencial perigo de lesão *ex ante* ao bem jurídico tutelado, a conduta passa a ser materialmente atípica.

No caso do crime em exame, se o fornecedor puder comprovar *ex post* que seus produtos com prazo de validade vencido sequer se encontravam em condições impróprias para o consumo, a conduta passa a ser materialmente atípica, uma vez que nem a relação de consumo nem o próprio consumidor sofreram qualquer risco de lesão.[23]

De acordo com Flávio Cardoso Pereira, "ao se presumir, prévia e abstratamente o perigo, resulta que, em última análise, perigo não existe, de modo que se acaba por criminalizar a simples atividade, afrontando-se o princípio da lesividade, bem assim o caráter de *extrema ratio* (subsidiário) do direito penal" (PEREIRA, 2003, p. 49).

23. A questão da prova sobre a impropriedade do produto também se mostra indispensável nos termos do Código de Processo Penal. Com efeito, em seu art. 158, o *Codex* determina o exame de corpo de delito em todas as infrações que deixarem vestígios. No caso em análise, como a punição se associa à impropriedade da mercadoria, é inquestionável o vestígio deixado pela infração, que se constitui no próprio produto impróprio para consumo. Assim, é imprescindível, também por esse aspecto, a realização de perícia.

Nesse aspecto, a relação de consumo como bem jurídico supraindividual e imediato deve ser vista com medida: para que o Direito Penal cumpra o seu papel dentro do Estado Democrático de Direito é forçoso que a integridade e seriedade dessa relação de consumo sejam efetivamente postas em perigo. Não basta a mera venda, manutenção em depósito para venda, exposição à venda ou entrega de mercadoria com prazo de validade vencido, sem que se comprove efetivamente a impropriedade do produto, sob pena de se antecipar a tutela penal referente ao bem jurídico individual: a proteção do consumidor individualmente considerado.

Nas palavras de Ariane Trevisan Fiori, "a imputação penal somente será possível se o agente ultrapassou os limites do risco permitido. Assim, não ocorrendo o 'risco relevante' (ou proibido), a conduta será atípica" (FIORI, 2004).

Isso se dá porque a finalidade do Direito Penal é a exclusiva proteção a bens jurídicos, quer eles sejam supraindividuais ou não.

Não obstante essa moderna visão, a jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores ainda considera o presente crime contra as relações de consumo – complementado pelo inc. I do § 6.º do art. 18 do CDC – como delito formal ou de mera conduta e de perigo abstrato, de acordo com a tradicional corrente doutrinária que utiliza a presunção absoluta de perigo para sustentar que a consumação do crime se dá com a simples realização da conduta descrita no tipo penal.

4. ANÁLISE CRÍTICA DA POSIÇÃO ATUAL DO STF E DO STJ

No STF e no STJ, encontram-se julgados relacionados à matéria sob exame. A despeito da visão garantista adotada por estes Tribunais em outros temas de Direito Penal e Processual Penal, neste que ora se analisa tem-se entendido desnecessária a realização de prova pericial para se comprovar a impropriedade do produto, no caso de apresentar prazo de validade vencido.

Para sustentar tal posicionamento, a jurisprudência se apoia na ideia de que o delito descrito no art. 7.º, IX, da Lei 8.137/1990 é crime formal, de mera conduta que, portanto, se consuma com a simples prática da conduta descrita no tipo penal, i.e., com a simples ação do agente.

Sendo assim, não haveria necessidade de comprovação material da impropriedade da mercadoria com prazo de validade vencido, pois a mera consumação no âmbito da tipicidade objetiva – quanto ao resultado naturalístico – seria apta a configurar o delito, sem se averiguar a criação ou incremento de um risco proibido relevante ao bem jurídico tutelado. Dessa forma, partindo-se do pressuposto de que se trata de um crime formal – sem resultado naturalístico,

portanto –, o delito se consumaria com a simples prática da conduta incriminada.

Nesse sentido, o STF se pronunciou em meados do ano 2000, firmando sua decisão nas seguintes premissas:

"A exposição à venda de produto impróprio ao uso e consumo, porque com o respectivo prazo de validade vencido (inc. I do § 6.º do art. 18 do CDC), por si só, já configura o delito do art. 7.º, IX, da Lei 8.137/1990, que é formal e de mera conduta, consumando-se com a simples ação do agente, sendo dispensável para sua configuração a ocorrência de prejuízo efetivo."

Nos crimes de ordem formal, a consumação ocorre no momento da exposição dolosa do produto impróprio ao consumo, independentemente da comprovação da sua impropriedade material para o consumo (BRASIL, 2000a).

Passados mais de oito anos, em 2008 a Corte Suprema voltou a enfrentar a questão da impropriedade dos produtos destinados ao consumidor final para concluir que, em se tratando de norma penal em branco complementada pelo art. 18, § 6.º, do CDC, a perícia técnica seria necessária, mas apenas no caso dos incs. II e III da norma extrapenal.

No caso do prazo de validade (inc. I), porém, o STF entendeu que "não se impõe a realização de perícia, porque basta a constatação da exposição com o prazo de validade constante do rótulo. A identificação pericial se faz *ictu oculi*. Não há a necessidade de dilação probatória para esse efeito". Tal decisão foi publicada no final do ano de 2008 e constitui a decisão mais recente do Pretório Excelso até o momento sobre o tema (BRASIL, 2008).

Com ela, firmou-se entendimento segundo o qual apenas quando o prazo de validade estiver vencido – e não nas outras hipóteses previstas pelo § 6.º do art. 18 do CDC – será desnecessária a perícia técnica para se comprovar a impropriedade da mercadoria, pois, nesse caso, há de se presumir, *jure et de jure*, a materialidade delitiva.

É de se ressaltar, contudo, que uma vez cabível o exame pericial para se demonstrar a impropriedade dos produtos deteriorados, falsificados, adulterados, nocivos à vida ou à saúde ou inadequados ao fim a que se destinam – entre outras hipóteses –, com muito mais razão justifica-se a necessidade de laudo pericial para verificar a efetiva impropriedade da mercadoria que apresente seu prazo de validade vencido, eis que é um dado eminentemente subjetivo, fixado exclusivamente pelo fabricante.

Todavia, esse não é o entendimento que prevalece no STF e, tampouco, no STJ.

Com efeito, jurisprudência pacífica do STJ também se posiciona no sentido da dispensabilidade de perícia técnica para comprovar a materialidade delitiva

do crime em análise. Ao fixar entendimento segundo o qual o crime do art. 7.º, IX, da Lei 8.137/1990 é formal ou de mera conduta e de perigo abstrato, referida Corte, em uma de suas mais recentes decisões (publicada em 30.11.2009), entendeu contentar-se o delito: "com a mera potencialidade lesiva, pelo que, consoante jurisprudência consolidada nesta E. Corte, para o crime aperfeiçoar-se basta a mera transgressão da norma incriminadora, sendo desnecessária a existência de laudo pericial para a constatação da impropriedade do produto para consumo" (BRASIL, 2009a).

Outros diversos julgados desta Corte Superior de Justiça – alguns mais recentes e outros mais antigos – obedecem ao mesmo critério de classificação.[24]

O que se percebe a partir dos julgados acima transcritos e de todos os outros até o momento citados é que a posição majoritária – senão unânime – dos Tribunais Superiores Brasileiros – STF e STJ – se firmou no sentido de se presumir a impropriedade de um produto pelo simples fato de se tratar, em tese, de crime formal e de perigo abstrato.

Algumas considerações merecem ser feitas a respeito deste entendimento.

Com relação à afirmação de ser o crime em análise formal, conforme exposto no decorrer do presente trabalho, observou-se que nem todas as condutas descritas no tipo penal deixam de alterar o mundo fenomênico.

De fato, as condutas "vender" e "entregar de qualquer forma" matéria-prima ou mercadoria imprópria ao consumo são condutas que tornam o crime material, já que sua realização pressupõe uma série de atos, tais como ter o produto, negociar a sua transferência ao consumidor, realizar um negócio jurídico a qualquer título e disponibilizar a posse ao consumidor final. Assim, o ato de transferência da mercadoria ou matéria-prima ao consumidor basta para alterar a disposição das coisas no mundo fenomênico, diferentemente das demais condutas constitutivas do núcleo do tipo – "ter em depósito para vender" e "expor à venda" – que, aí sim, caracterizam o delito como crime formal.

Por outro lado, com relação à afirmação de o delito ser de perigo abstrato, sustenta-se que a potencialidade lesiva se expressa na simples realização da conduta. Todavia, conforme também se demonstrou, a probabilidade de dano ou de criação de um risco ao bem jurídico só se verificará se constatar-se que a mercadoria apresenta ou apresentou, quando da ação, qualquer grau de nocividade, causando um perigo *ex ante* de lesão ao bem jurídico.

---

24. Nesse sentido, v. (1) AgRg no REsp 968.946/RS (BRASIL, 2009b); (2) REsp 1.060.917/RS (BRASIL, 2009c); (3) HC 34.422/BA (BRASIL, 2007); (4) REsp 472.038/PR (BRASIL, 2004); (5) HC 9.768/SP (BRASIL, 1999); (6) REsp 204.284/PR (BRASIL, 2000b); (7) HC 38.200/PE (BRASIL, 2005), entre outros.

Isso porque o Direito Penal não admite presunções, máxime quando feitas em prejuízo do agente.

O que se percebe da leitura dos julgados proferidos pelos Tribunais Superiores é que não raras as vezes enumeram-se os crimes como formais e de perigo abstrato como se uma classificação fosse decorrência da outra, ou seja, por ser formal e se consumar com a simples realização da conduta incriminada, será de perigo abstrato.

Trata-se de confusão que normalmente se faz quanto ao resultado do delito e a sua materialidade. Na verdade, o resultado diz respeito à alteração das coisas no mundo fenomênico e, nesse aspecto, os crimes podem ser formais ou materiais, enquanto a materialidade se refere à criação ou incremento de risco de lesão ao bem jurídico tutelado, sendo certo que, nesse aspecto, os crimes poderão ser de dano, de perigo concreto ou abstrato.

5. A POSIÇÃO A SER ADOTADA

Com essas considerações e com o devido acatamento ao entendimento firmado pelo STF e pelo STJ, o delito descrito no art. 7.°, IX, da Lei 8.137/1990, complementado pelo art. 18, § 6.°, I, do CDC não pode ser genericamente considerado como crime formal, bem como os produtos disponibilizados ao consumidor não podem sofrer presunção absoluta de impropriedade para fins criminais pelo fato de apresentarem os respectivos prazos de validade vencidos.

Num primeiro momento, há de se verificar se a conduta realizada produz ou não alteração no mundo fenomênico. Desta verificação, se classificará o delito como formal ou material.

Das quatro diferentes condutas incriminadas pelo tipo penal, cada uma possui momento consumativo e forma de consumação próprias, devendo ser analisada de acordo com a apresentação ou não de resultado naturalístico.

Entretanto, como uma conduta não pode ser considerada como crime apenas por atender ao critério da tipificação objetiva do delito, sem se ater à tipicidade material, num segundo momento, analisar-se-á a potencialidade lesiva da conduta em relação ao bem juridicamente tutelado. Se causar efetiva lesão ao bem jurídico, será crime de dano. Ao revés, se apenas criar ou incrementar um risco de lesão, ter-se-á crime de perigo.

Ainda que se trate de uma das condutas que tornem o crime de resultado meramente formal, faz-se necessário separar a descrição contida na letra da lei do resultado materialmente exigido para a configuração do crime.

Qualificar o crime em tela como de perigo abstrato no âmbito da tipicidade material é admissível, já que o legislador optou por proteger tanto bens jurídicos supraindividuais como individuais, mediante antecipação do resultado lesivo.

Entretanto, para que isso ocorra, é necessário oportunizar-se a ampla defesa ao sujeito ativo no caso concreto, possibilitando a comprovação, ainda que *a posteriori*, da propriedade do produto, ou seja, de que sua conduta objetivamente típica não foi apta a lesionar ou criar um risco de lesão à relação de consumo ou ao consumidor individualmente considerado.

E essa comprovação se fará mediante elaboração de perícia técnica, único meio capaz de afirmar se o produto com prazo de validade vencido apresentava-se ou não impróprio ao consumo à época da consumação objetiva do delito.

Só assim a norma, que se diz penal em branco e complementada por dispositivo do Código de Defesa do Consumidor relativo à responsabilidade civil objetiva do fornecedor, será eficazmente reconhecida como digna de tutela penal, já que a mera constatação formal do vencimento do prazo de validade de um produto não é apta a direcionar entendimento no sentido de estar o produto impróprio ao consumo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o anteriormente exposto, ainda que a jurisprudência atual e majoritária dos Tribunais Superiores divirja desse entendimento, conclui-se – para aqueles que entendem ser o art. 7.°, IX, da Lei 8.137/1990 norma penal em branco complementada pelo art. 18, § 6.°, I, do CDC – que a perícia técnica é imprescindível e indispensável para se comprovar se um produto com prazo de validade vencido é ou não impróprio ao consumo, para fins criminais.

Sem o exame pericial, o crime se torna materialmente atípico, já que no Direito Penal moderno, regido, entre outros, pelos princípios da subsidiariedade, intervenção mínima, lesividade e máxima proteção a bens jurídicos, as presunções absolutas são inaceitáveis, ainda que o delito em tela se trate de crime de perigo abstrato criado pelo legislador no contexto da sociedade de risco em que o mercado consumerista se encontra.

Com isso, é possível concluir também que, após a realização da conduta típica – à luz da tipicidade objetiva –, o sujeito ativo deve ter a oportunidade de provar se o bem jurídico protegido (supraindividual ou mesmo individual) sofreu, com a sua conduta, risco de ser lesionado, ou seja, se o produto colocado à disposição do consumidor estava impróprio ao consumo, para só então ter a conduta como digna de tutela penal.

Isso porque, sendo o prazo de validade um dado fixado exclusivamente pelo fabricante, com base em sua experiência subjetiva sobre a deterioração do produto a ser colocado à disposição do consumidor, não pode ser ele utilizado como fator indicativo da responsabilidade penal, máxime quando ele vem disposto em legislação de cunho extrapenal, nos termos de responsabilização civil objetiva dos fornecedores.

Por fim, conclui-se que não se deve confundir a classificação do delito quanto à sua tipicidade objetiva e material, sendo certo que embora algumas condutas previstas no delito em comento não apresentem alteração no mundo fenomênico, ainda assim a realização de perícia técnica é fundamental para a comprovação do resultado jurídico do delito, já que o fato de o Direito Penal ter passado a ser utilizado, nos tempos recentes, como instrumento de precaução geral não lhe isenta de respeitar os princípios que o regem.

7. REFERÊNCIAS

BARBOZA, Hidemberg de Oliveira. Prazo de validade vencido: atipicidade. *Boletim IBCCrim*. n. 68. p. 11-13. São Paulo: IBCCrim, jul. 1998.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

BRASIL. Casa Civil. Mensagem 664, de 11.09.1990c. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm#art62]. Acesso em: 13.11.2009.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm]. Acesso em: 22.01.2010.

_____. Lei 8.078, de 11.09.1990 – Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm]. Acesso em: 22.01.2010.

_____. Lei 8.137, de 27.12.1990. Disponível em: [www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8137.htm]. Acesso em: 22.01.2010.

_____. STF, HC 76.959-7/SP, 1.ª T., j. 15.09.1998, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 23.10.1998. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(76959.NUME. OU 76959.ACMS.)&base=baseAcordaos]. Acesso em: 23.01.2010.

_____. STF, RHC 80.090-4/SP, 1.ª T., j. 09.05.2000, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 16.06.2000a. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2880090%2ENUME%2E+OU+80090%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos]. Acesso em: 23.01.2010.

_____. STF, HC 90.779-2/PR, 1.ª T., j. 17.06.2008, rel. Min. Carlos Britto, *DJe* 24.10.2008. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp]. Acesso em: 23.01.2010.

_____. STJ, HC 9.768/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 04.11.1999, 5.ª T., *DJ* 13.12.1999. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=9768&&b=ACOR&p=true&t=&l= 10&i=12]. Acesso em: 23.01. 2010.

_____. STJ. REsp 204.284/PR, 5.ª T., j. 13.06.2000, rel. Min. Edson Vidigal, *DJ* 01.08.2000b. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=204284&&b=ACOR&p=true&t= &l=10&i=9]. Acesso em: 23.01.2010.

_____. STJ, REsp 472.038/PR, rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª T., j. 16.12.2003, *DJe* 25.02.2004. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=472038&&b=ACOR&p=true&t= &l=10&i=2]. Acesso em: 23.01.2010.

_____. STJ, HC 38.200/PE, 5.ª T., j. 23.11.2004, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* 01.02.2005. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=38200&b=ACOR]. Acesso em: 23.01.2010.

_____. STJ, HC 34.422/BA, 6.ª T., j. 22.05.2007, rel. Min. Hamilton Carvalhido, rel. p/ acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 10.12.2007. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=34422&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6]. Acesso em: 23.01.2010.

_____. STJ, REsp 1.111.672/RS, 5.ª T., j. 29.09.2009, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 30.11.2009a. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1111672&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2]. Acesso em: 23.01.2010.

_____. STJ, AgRg no REsp 968.946/RS, 5.ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 29.06.2009b, *DJe* 30.11.2009. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=AgRg+no+REsp+968946&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2]. Acesso em: 23.01.2010.

_____. STJ, REsp 1.060.917/RS, 5.ª T., j. 19.03.2009, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 13.04.2009c. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+1060917&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2]. Acesso em: 23.01.2010.

CAPEZ, Fernando (coord.) et al. *Direito do consumidor* . São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; COLNAGO, Rodrigo. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Crimes contra o consumidor*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de. Código Penal Comentado [it]. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRARI, Eduardo Reale. Os crimes contra a relação de consumo e a sua incidência em face do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 8.137/90: é pos-

sível a revogação tácita durante a *vacatio legis*? *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*. vol. 5. n. 19. p. 14-16. São Paulo: Instituto Manoel Pedro Pimentel, 2002. São Paulo: jan.-mar. 2002.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Crimes contra o consumidor: art. 7.º da Lei 8.137/90 X Código de Defesa do Consumidor. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 28. p. 225-230. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1999.

FIORI, Ariane Trevisan. A delimitação da imputação penal através da aplicação do princípio do risco. São Paulo: IBCCrim, 17.06.2004. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 19.11.2009.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direito penal do consumidor – Código de Defesa do Consumidor e Lei n. 8.137/90: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

JESUS, Damásio Evangelhista de. *Direito penal*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 1.

MARCOLINI, Rogério. Irrelevância penal da conduta de expor à venda mercadoria com prazo de validade vencido. In: ESTELLITA, Heloísa (coord.) et al. *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*.4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2009.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato. *Revista de Estudos Criminais*. ano IV. n. 15. p. 95-99. Porto Alegre: Notadez, 2004.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Apontamentos sobre os delitos de perigo. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. ano IV. n. 22. p. 47-51. Porto Alegre: Síntese, out.-nov. 2003.

PODVAL, Roberto. Código do Consumidor: um Código impróprio ao consumo. *Boletim IBCCrim*. n. 83. ano 7. p. 4-5. São Paulo: IBCCrim, out. 1999.

RIVEROS, Jaime Náquira. *Derecho penal – Teoria del delito*. Santiago: MCGraw-Hill, 1998. vol. 1.

ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. *Revista IOB de Direito*. n. 39. ano VII. p. 43-62. Porto Alegre: IOB, ago.-set. 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A validade do produto nas embalagens plásticas do leite – "datador", de Punio Lacerda Martins – *RDC* 9/122;
- Ação civil pública. Obrigação de não-fazer consistente na manipulação de quaisquer gêneros alimentícios, sem a devida autorização do órgão de vigilância sanitária, de Paulo Cesar Gentile – *RDC* 56/363;
- Crimes contra a saúde pública e contra as relações de consumo. Atacadista de gêneros alimentícios. Depósito e venda ao comércio varejista de produtos deteriorados, adulterados, corrompidos e com prazo de validade vencido. Caracterização de dano moral difuso, de Carlos Cezar Barbosa – *RDC* 38/231;
- Hipermercado. Autuação da vigilância sanitária. Infração de natureza gravíssima e reincidência. Diversas irregularidades. Perigo de dano à saúde pública, de Eliana Faleiros Vendramini Carneiro e Newton José de Oliveira Dantas – *RDC* 49/345; e
- Nova visão da natureza dos crimes contra as relações de consumo, de Damásio E. de Jesus – *RT* 696/303.

- Crimes de consumo no Código de Defesa do Consumidor, de Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, coordenada por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 6, p. 1215.

60320

EXIGÊNCIAS DE PROTEÇÃO DO AMBIENTE NA SOCIEDADE DE RISCO

3

Demands for environmental protection in a risk society

CLÁUDIO RIBEIRO LOPES

Mestre em Direito pela UEM. Professor Assistente da Faculdade de Direito da UFMS.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A tutela pelo Direito do ambiente, enquanto um bem jurídico dotado de relevância constitucional parece ter se tornado um dos grandes problemas da sociedade contemporânea. Em especial, a utilização do direito penal como instrumento de proteção ambiental, guarda certas peculiaridades que necessitam ser identificadas e adequadas se se pretende uma proteção ágil e, ao mesmo tempo, garantidora da segurança jurídica da própria sociedade. Nessa perspectiva, a dogmática jurídico-penal precisa buscar novas soluções que possam conduzir ao caminho da proteção integral do ambiente sem que isto implique na negação do desenvolvimento sustentável, como forma de assegurar a evolução da sociedade neste terceiro milênio.

PALAVRAS-CHAVE: Ambiente - Proteção - Dogmática jurídico-penal - Culpabilidade - Punibilidade - Fins da pena.

ABSTRACT: The protection of the environment by Law, as a legal interest endowed with constitutional relevance, seems to have become one of the greatest problems in today's society. In particular, the use of Criminal Law as an instrument of environmental protection has certain peculiarities that need to be identified and modified if an agile protection is pursued while guaranteeing the legal safety of society. Thus, the Legal-criminal dogmatic must look for new solutions that may lead the way to comprehensive protection of the environment, without implying the denial of sustainable development, as a way to ensure society's evolution in the third millennium.

KEYWORDS: Environment - Protection - Legal-criminal dogmatic - Culpability - punishability - Purpose of the sentence.

SUMÁRIO: 1. Merecimento de pena: 1.1 Noções preliminares; 1.2 Culpabilidade e merecimento de pena; 1.3 Culpabilidade como fundamento e limite da pena – 2. Punibilidade e necessidade de pena: 2.1 Necessidade de pena; 2.2 Posição sistemática dos fins da pena: 2.2.1 Posturas ontológicas; 2.2.2 Posturas normativistas; 2.3 A punibilidade como sede da necessidade de pena nos delitos ambientais – 3. Conclusões – 4. Referências bibliográficas.

1. MERECIMENTO DE PENA

1.1 Noções preliminares

O *ius puniendi* estatal está adstrito a uma série de princípios que, geralmente, têm encontrado assento constitucional. De igual forma, a questão sobre o exercício do direito de punir do Estado, surgido em virtude da realização de um injusto culpável, se relaciona com o merecimento de pena e, nesse sentido, com a culpabilidade pelo fato, mormente em se tratando de um Estado de direito social e democrático, como o brasileiro.

A realização pelo ser humano do injusto apenas pode ser censurada a partir da concepção do merecimento de pena.

Nesse sentido, tem-se a culpabilidade enquanto reprovabilidade de vontade.

Não sem motivo, Hans Welzel afirmara: "no juízo de culpabilidade, examina-se a reprovabilidade da vontade típica e antijurídica (...)."[1]

Nessa perspectiva, em que não se prescinde, absolutamente, do conceito de culpabilidade, é que se irá analisar o problema do merecimento de pena, até porque esta deve operar, no dizer de Günther Stratenwerth, como "retribuição da culpabilidade"[2] pelo fato.

Nesse sentido, Hans Joachim Hirsch destaca que "(...) é preciso destacar que a culpabilidade refere-se sempre ao fato, e, portanto, pressupõe necessariamente, no direito penal, um ilícito típico".[3]

Dessa forma, as questões que podem ser vertidas sobre o merecimento de pena estão vinculadas, neste trabalho, à teoria do delito, devendo-se destacar que não se deve confundir o merecimento de pena com sua necessidade, esta última inserida na categoria da punibilidade, e, portanto, por coerência com a

1. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. e notas Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 89.
2. STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal*. vol. 1. 4. ed. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 30.
3. HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. Coleção Obras completas, t. I, p. 151.

proposta aqui assumida, alheia à configuração do injusto culpável, que fundamenta a imposição da pena, também em sede dos delitos ambientais.

1.2 Culpabilidade e merecimento de pena

Quer enquanto princípio constitucional,[4] como categoria dogmática integrante do conceito de delito[5] ou como estrutura lógico-objetiva,[6] a culpabilidade emerge a partir da concepção do ser humano livre e, nesse sentido, também chega a constituir-se em fundamento e limite de toda pena, porquanto, partindo da noção de livre-arbítrio humano, culmina na reprovabilidade da própria decisão (ou resolução) de vontade do ser humano,[7] como agente "capaz de responder pelas consequências decorrentes de seus atos".[8]

Nesse sentido, relaciona-se com o merecimento de pena, dentro de uma concepção pessoal de injusto, que se revela a partir do desvalor da ação e do resultado, integrantes da concepção de injusto finalista, aqui perfilhada.

A reprovabilidade, que integra a culpabilidade enquanto uma das estruturas conceituais do delito, é um juízo valorativo que recai sobre a vontade de ação,[9] posto que, em última instância, apesar de os elementos subjetivos estarem alocados no tipo, interferem no juízo de reprovação daquela resolução de vontade, tendo em vista que inexiste culpabilidade sem a pré-existência da ilicitude e essas, sem que sejam antecedidas pela tipicidade.[10]

Os problemas – insolúveis – que se destacam do embate entre o determinismo e o indeterminismo não devem servir, para refutar o conceito finalista de culpabilidade.

---

4. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Madrid: Tecnos, 2002. vol. III, p. 16.
5. PRADO, Luiz Regis. O injusto penal e a culpabilidade como magnitudes graduáveis. *RBCCrim* 27/41. BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. ciências penais. *RCP* 1/178.
6. WELZEL, Hans. Op. cit., p. 93.
7. CEREZO MIR, José. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. ciências penais. *RCP* 1/255. No mesmo sentido, PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 1, p. 427; BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 131; BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro cit. p. 171.
8. PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro* cit., p. 420.
9. WELZEL, Hans. Op. cit., p. 90.
10. Idem, p. 57.

Desse modo, a questão que versa sobre a prova empírica da efetiva capacidade de o ser humano poder agir de uma outra forma, isto é, motivar-se ou não pela norma, deve ser relegada, uma vez que não há como se construir qualquer sistema jurídico-penal, sem que se prescinda desse dado, posto que segundo Luiz Regis Prado, "isso vem a sinalizar apenas para a debilidade material desse fundamento, que não se acha consolidado, nem é indiscutível (...)".[11]

Nesse sentido, José Cerezo Mir afirma ser possível a comprovação empírica de alguns elementos importantes para o juízo de culpabilidade, como, por exemplo, a prova feita sobre o nível de inteligência e de experiência de vida do delinquente, bem como as questões referentes à personalidade do mesmo.[12]

Reafirma essa proposição o referido autor, dizendo: "o ser humano, de acordo com os conhecimentos da moderna Antropologia, é um ser que se caracteriza precisamente pela capacidade de autodeterminação conforme um sentido".[13] É a expressão da liberdade de vontade, enquanto capacidade humana de poder reger-se de conformidade com os fins, já muito antes destacada por Hans Welzel.[14]

A negação, pura e simples, do livre-arbítrio, levada a cabo pelo determinismo "(...) é insustentável, simplesmente porque não se pode querer atribuir culpa a alguém senão por atos causados em virtude de ação (...)".[15]

Assim sendo, é razoável que se recorra à cláusula salvadora, por meio da qual é preferível prescindir-se de uma constatação empírica acerca do livre-arbítrio humano, legitimando o direito penal, em razão da ideia precípua de que tanto o determinismo quanto o indeterminismo não logram comprovação.[16] Por conseguinte, o merecimento de pena deve restar adstrito à concepção fundamental encontrada em Hans Welzel, segundo a qual:

"Em contraste fundamental com o animal, o homem caracteriza-se negativamente por uma grande liberdade de formas inatas e instintivas de conduta e

11. Idem, p. 422.
12. Idem, p. 39.
13. Idem, p. 41.
14. Idem, p. 100. WELZEL, Hans. Causalidad y acción. *Estudios de Derecho Penal*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2003. p. 133.
15. ALMEIDA, Gabriel Bertin de. A crise do conceito tradicional de culpabilidade, segundo o direito penal contemporâneo. *RBCCrim* 35/39.
16. HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit., p. 156.

positivamente pela capacidade e pela incumbência de descobrir e realizar por si mesmo a conduta correta por meio de atos inteligentes."[17]

Nesse contexto, de conformidade com o aspecto antropológico destacado pelo referido autor, o homem é visto como um ser responsável e, portanto, capaz de determinar-se conforme um sentido,[18] uma vez que, segundo Hans Welzel,

"A finalidade, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente."[19]

Nessa perspectiva, comparecem, também, os aspectos caracteriológico e categorial dessa culpabilidade.[20] O primeiro diz respeito à direção dos impulsos anímicos, uma vez que se relaciona com a regulação, pelo homem, de seus impulsos com base na finalidade e no valor. O segundo está relacionado à liberdade de vontade, enquanto capacidade de autodeterminação, conforme os fins projetados por si próprio.

Essa concepção traz, em si, a ideia de resgate da dignidade humana, que se funda na liberdade, pressuposto existencial do homem, cuja negação pode levar à funcionalização do ser humano e, por conseguinte, a propostas que esvaziem uma concepção pessoal de injusto, como pretende Günther Jakobs.[21] Ou de uma forma não tão radical, mas também funcional, Claus Roxin,[22] com sua descaracterização da culpabilidade. Não por outro motivo, Armin Kaufmann destaca que "a liberdade do homem, quaisquer que sejam seus limites e o sentido em que se entenda, constitui a primeira condição do ser ético, o pressuposto de ética e direito".[23]

---

17. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* cit., p. 27.
18. CEREZO MIR, José. Culpabilidade... cit., p. 272.
19. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* cit., p. 95.
20. Idem, p. 96-102.
21. JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general.* Trad. Joaquin Cuello Contreras. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 173-177.
22. ROXIN, Claus. Sentido y limites de la pena estatal. *Problemas básicos del derecho penal.* Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Réus, 1976. p. 27.
23. KAUFFMANN, Armin. La misión del derecho penal. *La reforma del derecho penal.* Trad. Santiago Mir Puig. Barcelona: Bellaterra, 1981. p. 15.

Não obstante defende-se, aqui, a tese de que "(...) só uma vontade (antijurídica ou uma ação típica, antijurídica) pode ser culpável, no sentido relevante para o direito penal".[24] Nesse diapasão, o merecimento de pena deve restar imune às tentativas de se funcionalizar o sistema por meio de uma inversão ilógica de seus pressupostos.

O injusto culpável supraindividual, que descreve as condutas lesivas ao ambiente, também não deve prescindir da concepção da liberdade humana como referencial da culpabilidade, sob pena de restar fundamentado em conceitos exclusivamente normativos, possivelmente carreadores de insegurança jurídica, por ignorar a condição humana, afrontando, inclusive e até mesmo o vetor constitucional dessa dignidade enquanto valor fundante da República, mormente em Estados de direito democráticos e sociais, como o brasileiro.

Por conseguinte, a teoria sistêmica de Günther Jakobs, que arranca de um ponto de vista exclusivamente normativo, pelo qual o fim de proteção e confirmação das normas irá justificar, isoladamente, os meios para a legitimação do direito penal, deve ser rechaçada, posto que tende a proporcionar a despersonalização do injusto, afastando o direito penal de seu conteúdo ético-valorativo, negando à culpabilidade seu *status* na teoria do delito, já que a concebe como um derivado da prevenção geral,[25] como manifestação da falta de fidelidade ao direito,[26] o que faz resultar na própria negação do merecimento de pena, uma vez que este se direcionará, então, à reafirmação da vigência da norma, fundada nas expectativas sociais sobre a capacidade do sistema em estabilizar suas próprias normas.

Dessa perspectiva sistêmica, é preciso advertir-se sobre o desaparecimento do dever ser e dos valores, com a consequente subversão do conceito de bem jurídico, em que este se encontraria, a final, à disposição da racionalidade normativa. Nesse aspecto, para Armin Kaufmann, "inclusive o bem jurídico vida ficaria à disposição da racionalidade final (...)",[27] afrontando a Constituição com a possível negação desse bem jurídico, cuja transcendência não se pode questionar com reflexos bastante graves, até mesmo em sede

24. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* cit., p. 89.

25. JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general. fundamentos y teoria de la imputación.* 2. ed. Correção e trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 29.

26. JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal.* Trad. André Luís Callegari. Colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 42.

27. Idem, p. 21.

do ambiente, numa visão relativamente antropocêntrica do conceito,[28] aqui perfilhada.

Por outro lado, apresenta-se a proposta teleológica de Claus Roxin, que, partindo da ideia central de que o direito penal se defronta com a pessoa por meio da ameaça, a imposição e a execução da pena, preconiza que cada um desses estágios deve merecer uma distinta fundamentação.

Com isso, desenvolve sua teoria unificadora dialética,[29] segundo a qual a cominação penal deve restar justificada pela necessidade de proteção que se vincula aos fins de prevenção geral de bens jurídicos e prestações de serviços estatais.

A imposição da pena resultaria legitimada, a partir de uma síntese derivada da combinação entre sua necessidade para a comunidade em geral e a autonomia pessoal do delinquente, funcionando a culpabilidade, aqui, apenas como limite da pena.

A execução restaria justificada pelo fim de ressocialização do criminoso, reforçando-se os fins de prevenção especial no marco do livre desenvolvimento da personalidade humana.

Nesse sentido é seguido por Sergio Moccia, para quem a política criminal e a teoria da pena, se encontram no ápice da construção jurídico-penal.[30] Dessa forma, o referido autor reformata a teoria do delito para considerar as categorias fundamentais a partir do ponto de vista de sua função político-criminal, com destaque para a culpabilidade, que passa a ser entendida apenas em termos de prevenção, acabando por se converter, meramente, num dos elementos de uma categoria mais ampla, à qual denominam responsabilidade.[31]

Francisco Muñoz Conde, também na esteira dos ensinamentos de Claus Roxin, adverte que "a correlação entre culpabilidade e prevenção geral, quer dizer, a defesa de determinados interesses, legítimos ou ilegítimos, por meio da pena, é, pois, evidente".[32]

Nessa perspectiva teleológica, pretende-se que a política criminal desempenhe uma função garantista no sentido de delimitar a intervenção punitiva esta-

28. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 78.

29. ROXIN, Claus. Sentido y limites... cit., p. 33.

30. MOCCIA, Sergio. *El derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica*. Trad. Antonio Bonanno. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2003. p. 8.

31. Idem, p. 14.

32. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988. p. 129.

tal.[33] Não obstante se questiona, aqui, quais são os pressupostos que podem dar à política criminal a segurança suficiente a ponto de convertê-la num limite ao exercício punitivo do Estado? Parece de todo inconveniente que se pretenda a uma construção, que deixa à margem de um determinado plano de governo, a função de limitar a intervenção penal.

De que forma a política criminal pode ser covertida em limite do direito penal, é a indagação que Sergio Moccia não consegue explicar satisfatoriamente. Isto, porque, sua concepção traz consigo uma certa ingenuidade quanto aos instrumentos de controle político do poder e mais, quanto às vicissitudes decorrentes das razões de política criminal e sua infinita capacidade mutante. Por óbvio, a segurança jurídica acaba por perecer, num modelo teórico como o teleológico roxiniano.

Em assim sendo, essa última proposta teórica igualmente deve ser rechaçada. Primeiro, por se encontrar inteiramente adstrita aos princípios e razões de política criminal, extremamente voláteis e cambiantes, o que pode acarretar insegurança jurídica para a teoria do delito; segundo, porque acaba por negar suas próprias afirmações quanto à definição da culpabilidade, uma vez que pretende reformatá-la, para desconsiderá-la como um dos fundamentos da pena, mas, ao mesmo tempo, pretende recepcionar suas consequências, enquanto limite da sanção penal.

Nesse sentido, essa teoria estaria negando as premissas da culpabilidade, porém tentando assumir suas consequências, o que resultaria de todo injustificado e incoerente, uma vez que, segundo deduz José Cerezo Mir, "se se abandona o princípio da culpabilidade, no sentido de que esta constitua o fundamento e o limite da pena, não é possível manter, ao mesmo tempo, todas as suas consequências (...)".[34]

Disso decorre que a aceitação, junto à prevenção geral negativa, pela teoria de Roxin, seguida por Enrique Gimbernat Ordeig,[35] da prevenção geral positiva, sob o formato da exemplaridade, exige partir-se da pena justa, aquela adequada à medida da culpabilidade e, por conseguinte, à pena retributiva, um conceito negado pela teoria em questão; a incoerência do raciocínio dessa teoria é evidente.

---

33. Idem, p. 17.

34. BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade... cit., p. 257.

35. ORDEIG, Enrique Gimbernat. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? *Problemas actuales de las ciências penales y la filosofia del derecho, en homenaje al prof. Luis Jiménez de Asúa*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970. p. 495.

Dessa forma, na área ambiental, aquele que realiza uma conduta descrita como um injusto, por sua própria condição humana, verificados os elementos da reprovabilidade, passa a ser merecedor de pena, em princípio. Nesse sentido, relacionando-se a culpabilidade com o merecimento de pena, restaria assegurado um dos limites ético-sociais do direito penal, conservando-se seu conteúdo de instrumento de controle social, que não prescinde do respeito à dignidade humana.

Contudo, a partir desse merecimento, já verificado, não acarretará, como medida inafastável, a imposição da pena, uma vez que esta poderá restar excluída em decorrência de outros fatores, vinculados à punibilidade do agente e, nesse sentido, à própria necessidade de pena. Nessa temática, Hans Welzel afirmara que "todo grau de culpabilidade dá lugar, em princípio, à punibilidade".[36]

No que diz respeito à proposta deste trabalho, isto é, à temática dos delitos ambientais, tem-se que a culpabilidade de vontade deva ser, aqui, também inteiramente recepcionada, destacando-se que o merecimento de pena, em sede de crimes ambientais, ficará, de igual forma, adstrito aos referenciais aspectos antropológico, caracteriológico e categorial, numa concepção estritamente finalista. Daí decorre ser imprescindível discutir-se a questão sobre o cerne da culpabilidade, deixando-se o problema dos fins da pena para a categoria da punibilidade.

1.3 Culpabilidade como fundamento e limite da pena

Frise-se que a culpabilidade comparece como um "(...) moderno princípio de política criminal ao mesmo tempo em que se apresenta como um dos elementos integrantes do conceito analítico de delito".[37] Além disso, precipuamente pode ser destacada como uma estrutura lógico-objetiva.[38]

Este trabalho restringir-se-á a analisar se a culpabilidade, enquanto princípio constitucional[39] e como uma das três categorias estruturais do conceito

36. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* cit., p. 143.

37. ROCHA, Fernando Antonio Galvão da. Op. cit., p. 277.

38. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* cit., p. 87.

39. Reconhece-se que se trata de princípio implícito na Carta de Garantias. "No Direito brasileiro, encontra-se implicitamente agasalhado, em nível constitucional, no art. 1.º, III (dignidade da pessoa humana), corroborado pelos arts. 4.º, II (prevalência dos direitos humanos), 5.º, *caput* (inviolabilidade do direito à liberdade), e 5.º, XLVI (individualização da pena) (...)". PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro* cit., p. 139.

analítico de delito, pode servir, para fundamentar e limitar a pena, por ser esta uma consequência jurídica do delito.

Por outro lado, adota-se, como método, em identidade, o de Luis Gracia Martín, que adverte "(...) opta-se por um método radicalmente oposto às tendências atuais que pretendem definir o pressuposto do fato punível – a teoria do delito – em função da consequência jurídica".[40]

A Lei dos Crimes Ambientais brasileira, expressamente e em várias passagens, adota a culpabilidade. Em seu art. 2.°, ao tratar do concurso de pessoas; no art. 6°, incisos I (gravidade do fato, que se relaciona com o injusto; os motivos da infração, relacionados à censurabilidade da conduta, e, as suas consequências para a saúde pública e o meio ambiente, relacionados tanto ao injusto como à culpabilidade propriamente dita), II e III.

O inc. II merece um detalhamento: muito embora haja posicionamento finalista respeitável que defende que a agravação pela reincidência não configura a manifestação de um direito penal de autor – uma "culpabilidade pela conduta de vida",[41] perfilha-se, aqui, a tese de que a reincidência revela, sim, um resquício de um direito penal não liberal.

Se se defendem os postulados estritamente finalistas, pelos quais a culpabilidade é a reprovabilidade de uma decisão de vontade, não parece coerente que se estabeleça a gradação da medida da pena pela reincidência e se pretenda repaginá-la para designar um instituto de uma culpabilidade pelo fato, como pretende José Cerezo Mir.[42]

A culpabilidade pela reincidência pode receber as mesmas críticas que os detratores fazem aos delitos qualificados pelo resultado: tem ligações com a objetivização da responsabilidade penal e permite que fundamentos da moral penetrem o núcleo do direito penal.

Veja-se: quando se pune o criminoso ambiental, agravando-se a pena por entender ser maior a culpabilidade pela ocorrência da reincidência, se está a utilizar de argumentos ligados à retribuição, sim, mas, também à prevenção geral positiva, à exemplaridade. Nesse sentido, dita agravação tem por fundamento a exasperação do reforço geral de fidelidade ao Direito, ou, consoante destaca Luigi Ferrajoli, "promovem o conformismo das condutas".[43] Nessa

40. GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal: uma introdución a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006. p. 165.

41. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español* cit., p. 45-46.

42. Idem, ibidem.

43. FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 222.

perspectiva, a culpabilidade restaria penetrada pelos fins de prevenção geral positiva, o que não é compatível com a postura estritamente finalista acolhida neste trabalho.

No mesmo sentido, Hans Joachim Hirsch destaca: "(...) o princípio de culpabilidade não concerne, unicamente aos requisitos do terceiro nível do delito. É necessário atentar para a ideia de que a culpabilidade está sempre referida ao fato".[44] Por conseguinte, a responsabilidade se dá pelo resultado. Se assim é, não se pode admitir uma culpabilidade nos moldes dos dispositivos da legislação brasileira – Código Penal e Lei Ambiental – uma vez que se revelam dissonantes com o modelo finalista da estrutura da culpabilidade.

Partindo-se da premissa de que a culpabilidade é concebida como a reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica, conforme anota José Cerezo Mir,[45] é preciso questionar-se se ela pode funcionar como fundamento e limite da pena ou apenas como um seu limite, como propõe determinado setor da doutrina.[46] Nessa perspectiva, põe-se em relevo o conceito material de culpabilidade, na esteira do pensamento de José Cerezo Mir[47] e Luiz Regis Prado,[48] segundo o qual a liberdade, vinculada à dignidade da pessoa humana, extraída do contexto normativo, gizada na Constituição, alicerça, enquanto valor, o conceito em si.

Nesse sentido, ressalta-se que a culpabilidade, enquanto princípio, "(...) é uma exigência do respeito à dignidade da pessoa humana",[49] não se prescindindo desta, sob a condição de valor fundamental do Estado, de forma a afastar qualquer tentativa de resgate da concepção da responsabilidade penal objetiva.[50]

Por conseguinte, enfrentando as teorias que negam à culpabilidade o papel de fundamento da pena, é preciso advertir para detalhes que têm sido ignorados pelas posturas normativistas e por determinado setor da doutrina ontologista sul-americana.[51]

---

44. Idem, p. 150-151.
45. BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade... cit., p. 255.
46. ROXIN, Claus. Sentido y limites... cit., p. 24-31.
47. BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade... cit., p. 255-256.
48. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español* cit., p. 433.
49. Idem, p. 16-17.
50. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
51. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 66.

Claus Roxin, com o teleologismo, pretende servir-se de todas as consequências da culpabilidade enquanto limite da pena. No entanto recusa-se a utilizar do conceito como um de seus fundamentos.

A pretensão roxiniana busca direcionar-se a aproximar a dogmática da realidade,[52] cunhando, político-criminalmente, pela teoria dos fins da pena, as categorias do delito, em especial, a culpabilidade.[53] Para o referido autor, "os limites da faculdade estatal de punir só podem resultar da finalidade que tem o direito penal no âmbito do ordenamento estatal".[54] O posicionamento normativista da teoria roxiniana é muito evidente.[55]

É estranho que se pretenda isso, uma vez que essa dita aproximação com a realidade não parece poder derivar exclusivamente da política criminal.

Na área ambiental, por exemplo, em que se verificam algumas hipóteses em que a punibilidade do delito é extinta com base no comportamento pós-delitivo positivo do agente[56] – arts. 27 e 28, da Lei 9.605/1998 – quando, inclusive se pode prescindir da efetiva reparação do dano ambiental, seja porque essa é impossível de ser alcançada, apesar de todos os esforços do delinquente ou porque resta inviável, não justifica seja isso tratado em sede de culpabilidade, como pretende Claus Roxin.[57]

São questões que derivam das razões de política criminal, as quais podem ser alteradas a qualquer momento, em face da política governamental do Estado.[58]

---

52. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 83.

53. Idem, p. 67. No mesmo sentido, SANTANA, Heron José de. O futuro do direito penal ambiental: legalidade e tipicidade ma lei de crimes ambientais. *Revista de Direito Ambiental*. n. 34. ano 9. p. 124-146. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2004. p. 134.

54. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 32.

55. BREIER, Ricardo. Ciência penal pós-finalismo: uma visão funcional do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 46. ano. 12. p. 94-120. São Paulo: Ed. RT, jan-fev. 2004. p. 108. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 69.

56. Tratam-se das figuras de delito com pena máxima privativa de liberdade cominada de até dois anos e daquelas cuja pena mínima cominada não ultrapasse um ano. Em ambas as hipóteses exige-se seja o dano ambiental reparado, em princípio.

57. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo* cit., p. 74.

58. Como exemplo, pode ser citado o problema advindo da transposição das águas do Rio São Francisco no nordeste brasileiro, já que se trata de uma política governamental que deve trazer reflexos gravíssimos ao meio ambiente.

O referido autor, inclusive, chega a afirmar que a culpabilidade se relaciona com o merecimento de pena. Entretanto, como a reconstroi a partir dos fins da pena, descaracterizando-a de sua essência como juízo de censura, traz para sua configuração elementos exóticos – os fins da pena – e a própria categoria da punibilidade, relacionada à necessidade de pena.

Roxin, então, funde numa só categoria, excessivamente ampla, o merecimento e a necessidade de pena e a denomina por responsabilidade, na qual "(...) se decide quais dentre os comportamentos ilícitos necessitam de pena e em quais deles a pena pode ou deve ser dispensada".[59]

Nessa perspectiva, Ricardo Breier expõe "a premissa de que os fatores sociais seriam alheios ao direito penal estava com os dias contados".[60] Defende, ainda uma concepção pela qual "não incidirá a culpabilidade quando no caso concreto a necessidade dos fundamentos da prevenção geral ou especial for desnecessária (...)".[61]

Não obstante, equivoca-se o referido autor, pois a doutrina ontológica jamais defendeu o distanciamento dos fatores sociais; pelo contrário, quando Hans Welzel apresenta-a, destacando as categorias lógico-objetivas, inerentes ao mundo do ser, estava justamente buscando esse liame com a realidade, pois para o criador do finalismo "(...) as categorias do conhecimento são também categorias do ser, isto é, que não são apenas categorias gnosiológicas, mas (de modo primário) categorias ontológicas".[62]

Por outro lado, também se equivoca com relação à confusão que opera entre culpabilidade e as necessidades utilitárias de prevenção, talvez o grande equívoco das posturas funcionalistas. Não é razoável, do ponto de vista da segurança jurídica, que os fins de prevenção ou quaisquer outros relacionados às razões de política criminal, venham a operar dentro da estrutura dogmática do delito.

De forma diversa, Luiz Flávio Gomes, vinculado às posturas roxinianas, defende que:

"de qualquer modo, apesar das censuras doutrinárias, nosso legislador não abandonou definitivamente a função retributiva da resposta penal (art. 59 do CP). Consequentemente, não há como negar que seja a culpabilidade, no nos-

59. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal* cit., p. 68.

60. Idem, p. 106.

61. Idem, p. 109.

62. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* cit., p. 13.

so sistema, fundamento da pena (na medida em que estabelece como critério punitivo reitor a pena justa e merecida, isto é, a pena proporcionar à gravidade objetiva do fato e à culpabilidade do autor)."[63]

A defesa feita pelo referido autor tem por base apenas o argumento de autoridade: a lei penal brasileira expressamente adota os fins de retribuição, logo, nada mais há a fazer, a não ser lamentar, do ponto de vista doutrinal, essa escolha.

Com efeito, tem-se que a visão desse penalista está incorreta. Conquanto seja inquestionável que o Código Penal pátrio tenha adotado, expressamente, tanto na exposição geral de motivos da reforma da parte geral (1984), como no próprio texto do art. 59, a dualidade dos fins da pena – retribuição e prevenção –, certo é que, a partir da construção científica que inspirou a reforma – finalismo –, não se poderia jamais prescindir de uma concepção unitária a respeito das teorias da pena, segundo a qual o efeito preventivo que se persiga jamais poderá vir divorciado da pena justa, a pena adequada à culpabilidade.[64]

Para Armin Kaufmann, muito embora as propostas normativistas pretendam deduzir que é possível apelar-se à prevenção geral positiva para determinar os pressupostos de imposição da pena, isso não é correto.[65]

O referido autor expõe que a finalidade da pena, a produção de uma atitude de respeito às normas jurídicas de conduta, no entender de Hans Welzel, pressupunha a imposição da pena justa, a pena calcada no delito, no fato antijurídico reprovável. Nesse sentido, não se poderá jamais prescindir da culpabilidade enquanto fundamento, também, da pena.

Entretanto, a postura roxiniana tem recebido inúmeras críticas, principalmente no que se refere à sua fundamentação. Sabe-se que "ainda que assuma como única função do princípio da culpabilidade a tarefa político-criminal de limitação da pena (...) os limites da responsabilidade penal sempre têm a ver com a sua fundamentação".[66]

---

63. GOMES, Luiz Flávio. Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no direito penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 107/10-11.

64. GIL GIL, Alicia. Prevención general positiva y función ético-social del derecho penal. *La ciência del derecho penal ante el nuevo siglo. libro homenaje al professor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 10.

65. KAUFFMANN, Armin. La misión... cit., p. 19.

66. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general: un estúdio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2007. p. 247-248.

Deve-se destacar, também, outra perspectiva normativista. O funcionalismo sistêmico, de Günther Jakobs, como já antes mencionado, expõe que o fim de proteção e confirmação das normas irá justificar, isoladamente, os meios para a legitimação do direito penal, pois seu fim não é a proteção de bens jurídicos.

A partir dessa concepção, o referido autor renuncia à culpabilidade como reprovabilidade de decisão de vontade, tratando-a como um juízo de inadaptação do sujeito ao papel que a sociedade lhe confia.[67] Por conseguinte, a culpabilidade se transforma em defeito de motivação daquele que detém o papel social[68] e o fim da pena é simplesmente garantir a vigência da norma.[69]

Uma das principais críticas que lhe podem ser endereçadas, refere-se ao aniquilamento do conceito pessoal de injusto, tão caro à dogmática de Welzel, cuja consequência será, para a teoria de Jakobs, a "dessubjetivação da responsabilidade penal, comprometendo o conceito de culpabilidade com todas as suas garantias e supervalorizando o interesse do Estado e da manutenção do sistema e da expectativa de vigência das normas".[70]

Outra crítica, bastante aguda que sofre a doutrina jakobiana, segundo expõe Tatiana Machado Corrêa, é que as consequências do conceito funcional de culpabilidade são incompatíveis à luz desse princípio num Estado Democrático de Direito.[71] Por conseguinte, um conceito meramente instrumental não reúne condições para servir, sequer como limite, muito menos como fundamento da pena (e, nesse aspecto, Jakobs parece coerente, pois o expurgou de seu sistema, diferentemente de Roxin).

O funcionalismo sistêmico, então, considera o ser humano como um subsistema do todo social, negando-se o caráter antropológico das ações humanas, e, nesse sentido, a pessoa é reduzida a um mero garantidor da norma, pelo papel que deve desempenhar (expectativas sociais).

A possibilidade de adentrar ao ordenamento, posturas que conclamem legalmente à responsabilidade penal objetiva, é real na proposta sistêmica.

---

67. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoria de un derecho penal funcional. Moderna dogmática penal: estúdios compilados*. Trad. Manoel Cancio Meliá. et al. México: Porrua, 2002. p. 4.

68. CORRÊA, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs. *RBCCrim* 51/207-220.

69. Idem, p. 223.

70. YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. A influência da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann na teoria da pena. *RCP* 0/289-298. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 290.

71. CORRÊA, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs cit., p. 224.

Por todo o exposto até aqui, quanto aos fins eventualmente perseguidos por meio da sanção penal ambiental, trata-se de um problema afeto à necessidade de pena, conceito relacionado à punibilidade, na concepção aqui adotada. A culpabilidade, não obstante, na esteira da concepção aqui perfilhada, deve servir como fundamento e limite da pena, por se apresentar expurgada das questões relacionadas à prevenção ou outros motivos ligados à necessidade de pena.

2. PUNIBILIDADE E NECESSIDADE DE PENA

2.1 Necessidade de pena

Uma vez esclarecido que o merecimento de pena se relaciona com o próprio princípio da culpabilidade e, também com seu conceito normativo, na estrutura do delito, afirma-se que os problemas que advêm da necessidade de pena devem ser situados numa outra categoria, alheia à configuração do delito, isto é, na punibilidade, segundo expõe Érika Mendes de Carvalho.[72]

Isto é assim, porque a pena "não deve lastrear-se, portanto, em considerações exclusivamente utilitárias, relacionadas com sua funcionalidade para o sistema social",[73] pois as concepções utilitárias tendem a desbordar para uma ampliação da resposta penal no enfrentamento dos problemas sociais, sendo destacada como uma das principais críticas que se dirigem à prevenção geral positiva.[74]

Nesse sentido, uma vez que se estabeleça o delito, verifica-se o esgotamento do merecimento de pena. Este, por sua vez, poderá ser maior ou menor à medida em que o fato oriente a sua gradação, tanto sob o ponto de vista do injusto como da culpabilidade.[75]

Nessa perspectiva, a valoração global do fato, como define Érika Mendes de Carvalho,[76] representada pela totalidade do conceito analítico de delito, em

72. CARVALHO, Érika Mendes de. *La categoria de la punibilidad en el derecho penal*. Tese de doutorado, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2004. p. 451 et seq. Da mesma autora: CARVALHO, Érika Mendes de. Punibilidade e fins da pena. *RCP* 3/123 et seq.

73. Idem, ibidem.

74. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 106.

75. PRADO, Luiz Regis. O injusto penal e a culpabilidade como magnitudes graduáveis. *RBCCrim* 27/128.

76. CARVALHO, Érika Mendes de. *La categoria de la punibilidad en el derecho penal* cit., p. 453.

que as três categorias estruturais[77] podem ser visualizadas a partir do fato concreto, dá margem a que se possa analisar a necessidade da pena.

O problema, porém, da imposição da respectiva consequência jurídica – a pena – agora restará sob o crivo de razões que versam acerca da conveniência ou oportunidade para a sociedade dessa pena, razões de cunho eminentemente político-criminal. Nesse sentido, a necessidade de pena se relaciona com os seus fins.

Nessa sede, quando a Lei dos Crimes Ambientais brasileira dispõe acerca da possibilidade do criminoso ambiental ter o benefício da extinção de sua punibilidade, devido à reparação do dano produzido (arts. 27 e 28 da Lei dos Crimes Ambientais), salvo impossibilidade, condicionando-o à efetiva apresentação do laudo de constatação, se está a fazer menção de razões de política criminal que foram ali recepcionadas. Tais motivos podem sofrer alteração a qualquer momento, a depender da política governamental, com reflexos sensíveis sobre a proteção do bem jurídico. Agrava, ainda, essa situação o fato de que a própria disposição legal permite que se alcance essa exclusão de pena, mesmo que a reparação do dano não se tenha verificado, por exemplo, por ser impossível, apesar dos esforços do agente.

Tais considerações, que se referem às funções utilitárias da pena, podem resultar em um menoscabo à tutela jurídico-penal do ambiente, uma vez que a política criminal padece de influências significativas dos instrumentos de controle político, que perpetua determinados privilégios a pequenos segmentos da sociedade, em detrimento da maioria.

Como ilustração, comparem-se duas situações bem distintas, do ponto de vista ético-social e da lesividade das condutas.

1.ª situação: lesão de um bem jurídico individual: determinada pessoa furta R$50,00 de um colega de trabalho. Descoberto o fato, o espertalhão sofre com o linchamento moral e decide restituir o valor, em dobro, para compensar o colega pelo incômodo. Trata-se de uma espécie de comportamento pós-delitivo positivo, cuja consequência será a redução da pena, apenas, e isso se o fizer até antes do recebimento da denúncia.

2.ª situação: lesão de bem jurídico supra-individual: a diretoria de determinada empresa decide diminuir o custo com as manutenções e reparos dos mecanismos de controle da poluição inerente ao seu processo de produção de bens, contrariando as normas técnicas respectivas. Com o passar do tempo, ocorre falha técnica de funcionamento de um dos filtros, cuja consequência é

77. SANTANA, Heron José de. Op. cit., p. 128.

a geração de um desastre ambiental de proporções gigantescas. Comprovada a adequação típica da conduta – art. 54, § 2.º, da Lei 9.605/1998 –, juntamente com a autoria, aqueles que detinham o domínio do fato são denunciados, vendo-se compelidos a estabelecer acordo judicial com vistas à reparação do dano ambiental. Com a realização efetiva do comportamento pós-delitivo positivo conseguem obter a suspensão condicional do processo. Ao final do período de prova, após sucessivas prorrogações, chegam as autoridades à conclusão de que apesar de todos os ingentes esforços dos réus, a reparação do dano ambiental é impossível, destacando-se, meramente, sua mitigação. Nessa perspectiva, a punibilidade dos mesmos deverá ser extinta.

As situações apresentadas apenas servem como parâmetro inicial para se demonstrar como os fins da pena não se prestam para justificarem a mesma, nem configurarem um sistema de delito.

Não parece restar dúvida no sentido de que a primeira situação é infinitamente menos lesiva do que a segunda. Não obstante, as consequências jurídicas advindas dos comportamentos pós-delitivos positivos são absolutamente distintas. Há, ainda, a agravante de que um dos casos apresentaria uma reparação mais do que completa, sem, no entanto produzir a extinção da punibilidade. Isso é assim porque as razões de política criminal privilegiam a proteção de bens jurídicos individuais, em regra.

Nesse aspecto, defende-se, aqui, que o paradigma para a cominação e aplicação da pena em sede supraindividual não deve, necessariamente, estar atrelado aos bens jurídicos individuais, como se percebe a partir de um exame detalhado da Lei 9.605/1998.

Veja-se que as penas ali cominadas são, muitas vezes, relativamente tímidas, se comparadas àquelas estabelecidas pelo legislador para bens jurídicos individuais, mormente os que se referem aos crimes contra o patrimônio. Isso parece refletir dois problemas:

1.º: o legislador brasileiro não tinha condições de adotar um parâmetro adequado para definir as margens penais em sede dos delitos contra o ambiente, logo, serviu-se do procedimento mais cômodo, comparando com aquelas já estabelecidas no Código, a partir das margens mais graves, dos delitos contra a vida;

2.º: no que se refere às hipóteses de supressão de pena, à exceção da exigência de comprovação da reparação do dano ambiental, como expressão da eficácia de um comportamento pós-delitivo positivo, parece não haver muita preocupação com relação a procurar se estabelecerem hipóteses que cunhem as peculiaridades do bem jurídico protegido, como a sua relativa dependência

do direito administrativo, bem como as questões relacionadas às especificidades das técnicas legislativas de tutela – crimes de perigo, presença de elementos normativos do tipo, utilização necessária de normas penais em branco.

Em sede de necessidade de pena, onde o delito já está aperfeiçoado, ao menos como injusto parcial (tentativa), com efeito, se se destacam os fins de prevenção – utilitarismo penal –, a necessidade de pena, do ponto de vista de sua imprescindibilidade para a manutenção da sociedade, pode resultar consequências devastadoras para a preservação do ambiente.

Por outro lado, a partir da concepção de um direito penal minimamente garantista, não é possível defender com razoabilidade uma postura que apele para a prevenção geral negativa, calcada na intimidação coletiva. Além de ser dificilmente comprovável, tende a gerar a expansão ilimitada das margens penais, afastando-se, por completo, da proporcionalidade.

Nesse sentido, restaria a prevenção, geral e especial, positiva, para conformar os elementos da necessidade de pena, bem como as razões de política criminal, que poderiam servir-se dos elementos inerentes aos fins da pena, desde que compatíveis com o modelo de Estado de direito, democrático e social.

2.2 Posição sistemática dos fins da pena

2.2.1 Posturas ontológicas

A alocação dos fins da pena numa categoria alheia e posterior à configuração do delito[78] é mais razoável, se se perfilha uma postura ontológica do sistema de direito penal.

Para Luiz Regis Prado:

"Embora tenha essa categoria conteúdo próprio, sua inserção no conceito de delito não seria logicamente correta, pois as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias, além de não terem natureza material diversa, são muito escassas na Lei Penal e, portanto, não se pode dizer que constituam elementos indispensáveis à configuração do crime."[79]

Com efeito, se parte de uma concepção segundo a qual a punibilidade é uma categoria não apenas alheia à configuração do injusto culpável – inclusive em sede supra-individual, como o ambiente – mas, sobretudo não essencial,

78. CARVALHO, Érika Mendes de. *La categoria de la punibilidad en el derecho penal* cit., p. 454.

79. PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. *RT* 776/441.

uma vez que seus elementos têm conteúdo vinculado às razões de política criminal, os fins da pena e quaisquer outros elementos que derivem das razões de política criminal podem restar nela alocados, sem que, com isso, o sistema venha a enfrentar perturbações que acarretem algum menoscabo.

A concepção de Hans Welzel sobre a prevenção geral positiva, apresenta-a como a reafirmação dos valores ético-sociais vigentes, os bens jurídicos, a qual somente poderá ser levada a bom termo por meio da justa retribuição. Esta, de seu turno é representada pela pena adequada ao injusto culpável, conforme anota Alicia Gil Gil.[80] Não prescinde, por conseguinte, da ideia motriz da pena retributiva, isto é a pena proporcional ao delito. Nessa perspectiva, é possível evitar-se que o direito penal venha a "terminar servindo aos sistemas e não às pessoas".[81]

2.2.2 Posturas normativistas

A corrente teórica que defende uma concepção normativista teleológica para essa prevenção estabelece, como seu fim, a reafirmação psicológica da consciência da norma nas pessoas,[82] pois labora com um conceito do ser humano com capacidade empírica para ser destinatário das normas.[83] À culpabilidade, então, se acrescenta uma necessidade preventiva de pena.[84] Por essa concepção, se pretende a descaracterização da culpabilidade por meio da criação de uma outra categoria, designada responsabilidade, bastante ampla para abarcar os fins de prevenção – geral e especial – com sua inserção na estrutura dogmática do delito.

Nessa perspectiva, para Claus Roxin, com a junção da culpabilidade reformatada à necessidade de pena,[85] "a teoria dos fins da pena e, assim, o mais importante ponto de orientação político-criminal de nosso direito penal é tornada fecunda para a teoria geral do delito."[86] Os fins da pena, portanto, nessa concepção funcionalista, comparecem com a função de legitimar e formatar

80. GIL GIL, Alicia. Op. cit., p. 10.

81. ANDREUCCI, Ricardo. Fundamentos da reforma penal. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. vol. 75. p. 13-17. São Paulo: Lex, jul-set. 1983. p. 14.

82. GIL GIL, Alicia. Op. cit., p. 9.

83. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal* cit., p. 87.

84. Idem, ibidem.

85. ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no Direito Penal. *RBCCrim* 46/69.

86. Idem, p. 65.

todo o sistema teórico, desde a teoria do delito, até a própria teoria da pena; à culpabilidade, o referido autor reserva um papel estranhamente limitado, de um mero limite à imposição da pena. Nesse aspecto, Roxin descaracteriza o princípio, alijando-o do conceito pessoal de injusto, tornando inviável uma reserva ético-social do direito penal, uma vez que se esvaziara a culpabilidade de parte de seu conteúdo.

Por outro lado, há uma segunda concepção para a prevenção geral positiva, também de cunho normativista, sistêmica, que atribui à pena o fim exclusivo de reafirmação da vigência das normas. Por esse conceito, Günther Jakobs pretende fundamentar o sistema penal a partir da prevenção integradora. Nesse sentido, a partir de uma perspectiva sistêmica, o direito penal terá "(...) por função principal restabelecer a confiança e reparar ou prevenir os efeitos negativos que a violação da norma produz para a estabilidade do sistema e integração social".[87]

Ambas as correntes normativistas pretendem trasladar para a estrutura conceitual da teoria do delito os fins de prevenção e, a partir dos diferentes fins que atribuem à pena, construírem todos os pressupostos de legitimação do direito penal.

Tais concepções, radical pela proposta sistêmica de Günther Jakobs e, moderada, conforme a de Claus Roxin, não servem para fundamentar um modelo de sistema do delito minimamente garantista.

Em sede da tutela penal do ambiente, suas consequências podem ser ainda mais graves, uma vez que se sabe que os instrumentos de técnica legislativa nessa área ainda se encontram em estado incipiente, não podendo omitirem-se as inúmeras críticas que a doutrina endereça ao emprego maciço pela lei ambiental das técnicas dos crimes de perigo, da excessiva utilização de normas penais em branco, bem como da presença imprescindível dos elementos normativos do tipo nas figuras de delitos ambientais.

2.3 A punibilidade como sede da necessidade de pena nos delitos ambientais

A postura aqui perfilhada leva a que se adote a concepção de que o direito penal, numa visão que não prescinde da missão do mesmo como um dos instrumentos de proteção de bens jurídicos – mas não o único e, sim, o último

87. BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoria sistêmica. *Cuadernos de política criminal*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1984. p. 535.

–, com especial ênfase, neste trabalho, para o ambiente, apenas logrará atingir sua meta a partir do respeito à dignidade do ser humano a partir de uma construção dogmática que lhe preserve, tanto quanto possível, instrumentos garantistas, com vistas a possibilitar a segurança jurídica das pessoas.[88] Isso, porque em se tratando de um modelo democrático de direito penal, "(...) as normas que servem à política objetivada pelo Estado encontram seu limite na dignidade da pessoa humana (...)".[89]

Por conseguinte, não se pode aceitar que a principal finalidade da pena seja prevenir delitos,[90] uma vez que se reconhece que "a prevenção, pois, seja positiva ou negativa, não se limita a si mesma".[91] Portanto, a afirmação jurídica de critérios limitadores não deve ficar à mercê das razões de política criminal ou do modelo de Estado que se estabeleça, pois não é razoável que se dê ao legislador tamanha liberdade, permitindo que sua escolha seja feita sem limites.

Por outro lado, também importa vincular o legislador no sentido de impedir que atue "(...) absolutamente livre, sem vinculação a nenhuma estrutura prévia à normação jurídica, para considerar apenas, na seleção de condutas objeto de criminalização, o aspecto social, com o objetivo de influir na estrutura da sociedade através da sanção criminal",[92] como adverte Luiz Regis Prado.

Essa concepção leva a ressaltar a tese de que a punibilidade não pode ser galgada à estrutura de elemento do delito por sua fluidez, volatilidade e intenso comprometimento com a política criminal,[93] condições que possibilitam insegurança jurídica ao sistema penal.

Nessa perspectiva, destaca-se que a punibilidade, enquanto categoria dogmática alheia à configuração do delito, pode reunir as considerações relacionadas aos fins da pena, porquanto poderá funcionar como "(...) categoria adicional na qual têm lugar exigências político-criminais que, em algumas ocasiões, devem condicionar a imposição da pena em sua totalidade ou fundamentar sua atenuação".[94]

---

88. ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Op. cit., p. 14.

89. AMARAL, Cláudio do Prado. Particularidades dos crimes ambientais. *Revista da Escola Paulista da Magistratura* 1/85.

90. SILVA, Ivan Luiz Marques da. Fundamentos da tutela penal ambiental. *RT* 818/441.

91. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 249.

92. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español* cit., p. 110.

93. CARVALHO, Érika Mendes de. *La categoria de la punibilidad en el derecho penal* cit., p. 462.

94. CARVALHO, Érika Mendes de. Punibilidade e fins da pena cit., p. 143.

Perfilha-se, aqui, a tese de que não há qualquer obstáculo que impeça a unificação das razões ligadas à necessidade de pena, nos delitos ambientais, na categoria da punibilidade.[95] Inclusive as questões relacionadas à reparação do dano ambiental, descritas nos arts. 27 e 28, da respectiva lei brasileira, em que se exige o comportamento pós-delitivo positivo, podem restar incluídas nessa sede, alheias à configuração do injusto da tentativa,[96] porém aptas a identificarem pontos que indiquem a desnecessidade de pena a partir do alcance dos fins preventivos.

3. CONCLUSÕES

A culpabilidade opera não apenas como limite da pena, mas também como seu fundamento, de forma a possibilitar que o direito penal apresente um mínimo ético-social a ser observado, evitando-se a funcionalização do ser humano e a instalação de um direito penal antidemocrático que se sirva do ser humano, violando, assim, sua dignidade, que lhe é imanente pelo simples fato de existir.

De conseguinte, qualquer proposta que prescinda do injusto culpável enquanto fundamento e limite da pena retributiva, sendo esta relativizada pelos fins de prevenção, tende a desbordar para um direito penal não garantista, incompatível com um modelo de Estado de direito, democrático e social.

Do ponto de vista estritamente finalista, aqui adotado, os fins da pena devem ser alocados na categoria da punibilidade, pressuposto circunstancial da pena, encontrando-se essa categoria desvinculada da estrutura fundamental do delito, portanto, consistindo numa concepção estrita do conceito de delito que resultará numa concepção ampla de punibilidade, categoria na qual se encontrarão não apenas os fins da pena, vinculados às razões de política criminal, mas, também, outros elementos, dentre os quais as condições de punibilidade (positivas e negativas) e as hipóteses de comportamento pós-delitivo positivo, como meio de se assegurar a segurança jurídica imprescindível à teoria do delito.

Os fins de prevenção, nos delitos ambientais, em razão das peculiaridades que envolvem o bem jurídico protegido, poderão sofrer certa exacerbação – pe-

95. Idem, p. 145.

96. PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa cit., p. 446. Para o referido autor, "(...) a presença ou não das condições de punibilidade é indiferente para a consumação do crime". Perfilha-se, aqui, idêntico entendimento, ampliando-o para as hipóteses relacionadas à necessidade de pena com base nos fins de prevenção.

quena – com o objetivo de adequar-se a tutela. Não obstante, essa exacerbação ficará limitada pela retribuição pelo fato.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. A crise do conceito tradicional de culpabilidade, segundo o direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 35. p. 37-54. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2001.

AMARAL, Cláudio do Prado. Particularidades dos crimes ambientais. *Revista de Ciências Penais*. vol. 1. p. 81-98. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2004.

ANDREUCCI, Ricardo. Fundamentos da reforma penal. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. vol. 75. p. 13-17. São Paulo: Lex, jul-set. 1983.

BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoria sistêmica. *Cuadernos de política criminal*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1984.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. *Revista de Ciências Penais*. vol. 1. p. 171. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2004.

BREIER, Ricardo. Ciência penal pós-finalismo: uma visão funcional do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 46. p. 94-120. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2004.

CARVALHO, Érika Mendes de. *La categoria de la punibilidad en el derecho penal*. Tese de doutorado, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2004.

_____. Punibilidade e fins da pena. *Revista de Ciências Penais*. vol. 3. p. 123-146. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2005.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Madrid: Tecnos, 2002. vol. III.

_____. *Culpabilidad y pena*. Lima: Ara Editores, 2006. Coleção Obras completas, t. II.

CORRÊA, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 51. p. 207-235. São Paulo: Ed. RT nov.-dez. 2004.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general: un estúdio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2007.

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GIL GIL, Alicia. Prevención general positiva y función ético-social del derecho penal. *La ciência del derecho penal ante el nuevo siglo. libro homenaje al professor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no direito penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. n. 107. p. 10-12. São Paulo: IBCCrim, out. 2001.

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

HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. Coleção Obras completas, t. I.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Trad. Joaquin Cuello Contreras. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. *Derecho penal: parte general. fundamentos y teoria de la imputación*. 2. ed. Correção e trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *Sociedad, norma y persona en una teoria de un derecho penal funcional. Moderna dogmática penal: estúdios compilados*. Trad. Manoel Cancio Meliá et al. México: Porrua, 2002.

_____. *Fundamentos do direito penal*. trad. André Luís Callegari. Colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: Ed. RT, 2003.

KAUFFMANN, Armin. La misión del derecho penal. *La reforma del derecho penal*. Trad. Santiago Mir Puig. Barcelona: Bellaterra, 1981.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MOCCIA, Sergio. *El derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica*. Trad. Antonio Bonanno. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? In: *Problemas actuales de las ciências penales y la filosofia del derecho, en homenaje al prof. Luis Jiménez de Asúa*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970.

PRADO, Luiz Regis. O injusto penal e a culpabilidade como magnitudes graduáveis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 27. p. 128-142. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1999.

_____. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. *Revista dos Tribunais*. vol. 776. p. 440-452. São Paulo: Ed. RT, jun. 2000.

_____. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 1.

ROCHA, Fernando Antonio Galvão da. A culpabilidade como fundamento da responsabilidade penal. *Revista dos Tribunais*. vol. 707. p. 276-288. São Paulo: Ed. RT, set. 1994.

ROXIN, Claus. Sentido y limites de la pena estatal. *Problemas básicos del derecho penal*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Réus, 1976.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 46. p. 46-72. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2004.

_____. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTANA, Heron José de. O futuro do direito penal ambiental: legalidade e tipicidade ma lei de crimes ambientais. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 34. p. 124-146. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2004.

SILVA, Ivan Luiz Marques da. Fundamentos da tutela penal ambiental. *Revista dos Tribunais*. vol. 818. p. 435-446. São Paulo: Ed. RT, dez. 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal*. 4. ed. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. vol. 1.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. e notas Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2001.

_____. Causalidad y acción. *Estudios de Derecho Penal*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2003.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. A influência da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann na teoria da pena. *Revista de Ciências Penais*. vol. 0. p. 289-298. São Paulo: Ed. RT, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. La culpabilidad en el siglo XXI. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 28. p. 56-71. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1999.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A importância da tutela penal do meio ambiente, de Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz – *RDA* 31/58;
- Acerca de la crítica al "finalismo", de Hans Joachim Hirsch – *RBCCrim* 65/77;
- Acerca de la teoría de la imputación objetiva, de Hans Joachim Hirsch – *RBCCrim* 50/9;
- O finalismo, hoje, de José Cerezo Mir – *RBCCrim* 12/39; e
- O impacto da Lei 9.605/1998. Uma breve reflexão de seu primeiro ano de vigência e propostas para aperfeiçoamento de sua eficácia na área penal, de Patrícia Ulson Pizarro Werner – *RDA* 16/79.

60321

1 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL

Defense investigation in the criminal procedure

DIOGO MALAN

Doutor em Direito Processual pela USP. Mestre em Ciências Penais pela Ucam. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Professor-adjunto de Processo Penal da FND/UFRJ. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: Estudo sobre a natureza e estrutura da investigação criminal defensiva no processo penal brasileiro à luz do dever ético de investigação do defensor técnico consagrado no sistema jurídico norte-americano.

PALAVRAS-CHAVE: Investigação defensiva - Direito à defesa técnica efetiva - Direito à prova - Paridade de armas - Processo penal.

ABSTRACT: This paper addresses the nature and structure of defense criminal investigation in Brazilian criminal procedure in light of the defense counsel's ethical duty to investigate as enshrined in the American legal system.

KEYWORDS: Defense investigation - Right to effective assistance of counsel - Right to present evidence - Equality of arms - Criminal procedure.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Direitos fundamentais à prova defensiva e à defesa penal efetiva nos Estados Unidos da América - 3. Investigação criminal defensiva no processo penal norte-americano - 4. Investigação criminal defensiva no processo penal brasileiro - 5. Conclusão - 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Curioso notar[1] que a doutrina brasileira – com honrosas exceções –[2] vem ignorando olimpicamente o tema da investigação criminal defensiva.

Não obstante, dentre as diversas desigualdades materiais que desfavorecem o acusado no âmbito do sistema penal brasileiro, talvez a mais significativa ocorra justamente na fase de investigação preliminar do delito.

Nessa etapa, o Estado dispõe da Polícia Judiciária, órgão dotado dos recursos humanos e materiais necessários para a colheita dos elementos informativos sobre a autoria e materialidade da infração penal: investigadores dotados de amplos poderes de polícia para colher coercitivamente declarações testemunhais e efetuar pesquisas em bancos de dados sigilosos; peritos em criminalística e medicina legal etc.

Ademais disso, o Ministério Público, além dos seus poderes constitucionais de requisitar diligências e instauração de inquérito policial à Polícia Judiciária (art. 129, VIII da CF/1988), igualmente vem estruturando órgãos investigativos e periciais próprios.

No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, a instituição hoje dispõe tanto de corpo policial, o Grupo de Apoio aos Promotores (GAP), quanto de quadro pericial, o Grupo de Apoio Técnico Especializado (Gate).

Por outro lado, o cidadão investigado carece de infraestrutura sequer comparável àquela do Estado, podendo tão somente *sugerir* a realização de diligências à autoridade policial, as quais serão realizadas ou não a critério desta última (art. 14 do CPP).

É certo que o defensor técnico do acusado pode, em tese, pesquisar ele próprio ou contatar investigador particular para localizar fontes de prova da inocência, mas tal iniciativa inevitavelmente esbarra em uma série de óbices.

A uma, a *insuficiência de recursos* da vasta maioria da clientela preferencial do sistema penal brasileiro para custear os sobreditos serviços de investigação particular.

---

1. Artigo parcialmente baseado na palestra *Investigação defensiva*, proferida no dia 29.05.2008, durante as VII Jornadas Brasileiras de Direito Processual (civil e penal) do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). O autor gostaria de registrar a sua gratidão aos Professores Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon Filho pelo gentil convite para palestrar nesse evento.

2. BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. *RBCCrim* 64/253-273; MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

A duas, a *falta de regulamentação* em nosso Código de Processo Penal acerca dos *direitos* e *deveres* dos defensores técnicos em suas investigações particulares, o que na prática: (a) inviabiliza o acesso deles a uma série de informações sigilosas e os impede de colher declarações testemunhais coercitivamente; (b) expõe tais defensores ao risco de acusações pela prática de infrações penais contra a Administração da Justiça, tais como *falso testemunho* e *fraude processual*; (c) perpetua certo preconceito cultural contra a credibilidade de elementos informativos e probatórios amealhados por defensores técnicos ou investigadores particulares por eles contratados.

A três, a falta de percepção dos operadores jurídicos brasileiros acerca da importância da investigação defensiva, que se consubstancia em verdadeiro *dever ético inerente ao múnus advocatício criminal*, talvez porque os estatutos deontológicos da advocacia brasileira são omissos quanto a essa questão.

Essa conjuntura de significativa discrepância entre os recursos e poderes do Estado e do acusado na fase de investigação preliminar do delito, portanto, decorre de uma série de características estruturais do sistema penal brasileiro.

O presente artigo – que não tem a menor pretensão de suprir a já referida lacuna doutrinária sobre a investigação defensiva – se limitará a expor algumas reflexões político-criminais acerca da investigação criminal defensiva, buscando defender duas ideias centrais.

A primeira é a de que tal conjuntura de desigualdade material entre o Estado e o acusado é indesejável, implicando violação aos direitos fundamentais deste último: (a) à *prova defensiva*; (b) à *paridade de armas* com a parte processual acusadora; (c) a uma defesa técnica *efetiva*.

A segunda é a de que pode ser proveitoso adotar no âmbito da legislação e jurisprudência brasileiras, como *ponto de partida* do difícil processo de superação da sobredita desigualdade estrutural, um *dever ético* de investigação criminal defensiva, à semelhança do que ocorre no sistema jurídico norte-americano.

Essa escolha não é aleatória.

Em primeiro lugar, no processo penal estadunidense há uma longa tradição de preponderância do papel das partes processuais na investigação preliminar do crime e na gestão probatória durante a fase de julgamento (*partisan fact gathering*).[3]

3. MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 44 e ss.

Tal importância do papel das partes no desfecho do processo judicial ensejou a instituição de diversos *critérios para a aferição da efetividade da defesa técnica do acusado.*

Devido a essas características estruturais do sistema processual penal norte-americano, é lícito supor que no seu bojo historicamente foram sendo refinadas normas e práticas cujo estudo pode ser de grande proveito em países sem tradição de investigação criminal defensiva, como o nosso.

A isso se soma o fato de que o Código de Processo Penal brasileiro sabidamente sofreu considerável influência do direito italiano, o qual, por sua vez, atualmente vem sendo cada vez mais influenciado pelos ordenamentos jurídicos da *common law*, por motivos que não cabe aqui discutir.

Eloquente exemplo desse fenômeno é o Código de Processo Penal italiano de 1988, que incorporou uma série de institutos jurídicos de matizes anglo-americanos, como, por exemplo, a produção de provas por iniciativa das partes processuais (art. 190, § 1.º, do CPP italiano) e os exames direto e cruzado de testemunhas (art. 498 do CPP italiano).

Ademais disso, a Lei italiana 397, de 07.12.2000, regulamentou a investigação defensiva, inserindo no Estatuto Processual Penal peninsular de 1988 o art. 397-bis (*Attività investigativa del difensore*) e o Título VI-bis (*Investigazioni difensive*).[4]

Assim, se afigura plausível supor que o modelo estadunidense exercerá crescente influência em nosso ordenamento jurídico no futuro. Na lição de Julio Maier:

"(...) estoy completamente convencido de que tenemos mucho que aprender del derecho angloamericano cuando hablamos del par conceptual principio acusatorio –imparcialidad del juez (o, mejor, neutralidad o independencia del órgano decisor). Si queremos mantenernos fieles al procedimiento llevado a cabo con lealtad (*fair trial*), entonces debemos reforzar nuestra concepción del principio acusatorio."[5]

O presente artigo será dividido em três partes.

---

4. Sobre a investigação defensiva no processo penal italiano, ver: CHIAVARIO, Mario; MARZADURI, Enrico (orgs.). *La difesa penale*. Torino: Utet, 2003; STEFANI, Eraldo (org.). *Codice dell'indagine difensiva penale: commentato ed annotato con la giurisprudenza e la deontologia*. Milano: Giuffrè, 2005; MACHADO, André Augusto Mendes. Op. cit., p. 127 e ss.

5. MAIER, Julio. ¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho? *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?* 1/263-284.

Na primeira, far-se-ão algumas considerações introdutórias sobre os direitos fundamentais à prova defensiva e à defesa técnica efetiva no processo penal ianque.

Posteriormente, será analisada a questão do dever de investigação criminal defensiva (*duty to investigate*), abordando a disciplina legislativa da matéria e a atual interpretação que lhe vem sendo dispensada pela Suprema Corte estadunidense.

Por fim, teceremos algumas reflexões político-criminais acerca dos possíveis reflexos da adoção desse modelo no âmbito do sistema processual penal brasileiro.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS À PROVA DEFENSIVA E À DEFESA PENAL EFETIVA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O principal marco legislativo do processo penal constitucional norte-americano é a 6.ª Emenda à Carta Política,[6] que é parte integrante da chamada *Declaração de Direitos* (*Bill of Rights*), ratificada em 1791.[7]

Nessa Emenda, os *founding fathers* houveram por bem instituir os direitos fundamentais do cidadão: (a) ao julgamento público e sem demora (*a speedy and public trial*); (b) ao julgamento por um júri imparcial e pré-constituído, composto por cidadãos do local da consumação do crime (*an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law*); (c) a ser informado do teor da acusação (*to be informed of the nature and cause of the accusation*); (d) a confrontar as testemunhas de acusação (*to be confronted with the witnesses against him*); (e) à notificação para comparecimento compulsório das testemunhas de defesa (*to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor*) e, finalmente, (f) à defesa técnica (*to have the assistance of counsel for his defense*).

Esses direitos, interpretados de forma lógico-sistemática e aplicados de maneira integrada, asseguram ao acusado o devido processo penal, tendo como

6. "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense."

7. Sobre a 6.ª Emenda à Constituição norte-americana, ver: AMAR, Akhil Reed. Foreword: sixth amendment first principles. *Georgetown Law Journal* 84/1996.

fundamento comum à proteção dos cidadãos inocentes e à descoberta da verdade processual.[8]

O chamado *direito à prova defensiva*, segundo a doutrina, se encontra previsto nessa cláusula do *compulsory process*, que não se esgota em seu teor literal (direito "*à notificação para comparecimento compulsório das testemunhas de defesa*"). Pelo contrário, hoje prevalece o entendimento de que a sobredita cláusula abrange não só o direito ao comparecimento coercitivo das testemunhas de defesa, como também o direito à *admissão em juízo* de todos os elementos probatórios testemunhais propostos pelo acusado, desde que eles sejam lícitos e relevantes.[9]

Trata-se, portanto, de corolário lógico do direito fundamental do acusado a apresentar defesa (*fundamental right to present a defense*) em Juízo, que se infere da íntegra da 6.ª Emenda.

A Suprema Corte norte-americana considera que o direito à defesa técnica *efetiva*, por sua vez, é um consectário do *right of counsel* plasmado na Emenda Constitucional em digressão.

O fundamento dessa concepção é a ideia de que somente a defesa técnica *efetiva* consegue propiciar um verdadeiro confronto da prova de acusação em Juízo, que é a finalidade precípua do chamado processo penal de partes (*adversary system*).[10]

Ao julgar os casos *United States* vs. *Cronic*[11] e *Strickland* vs. *Washington*,[12] ambos em 1984,[13] a Suprema Corte abordou pela primeira vez a questão, deli-

---

8. AMAR, Akhil Reed. Op. cit., p. 642-643 e 649.

9. CLINTON, Robert. The right to present a defense: an emergent constitutional guarantee in criminal trials. *Indiana Law Review* 9/711-858; HEWETT, Martin. A more reliable way to present a defense: the compulsory process clause after Crawford v. Washington. *The Georgetown Law Journal* 96/273-315; WESTEN, Peter. Confrontation and compulsory process: a unified theory of evidence for criminal cases. *Harvard Law Review* 91/567-628.

10. Sobre o tema, ver: ISRAEL, Jerod et al. *Criminal procedure and the Constitution*. Saint Paul: West Publishing, 2007. p. 701 e ss.; GOODPASTER, Gary. The adversary system, advocacy, and effective assistance of counsel in criminal cases. *Review of Law and Social Change* 14/59-92, TASLITZ, Andrew; PARIS, Margaret. *Constitutional criminal procedure*. Westbury: Foundation Press, 1997. p. 738 e ss.

11. 466 US 648 (1984).

12. Idem.

13. Para um exame da jurisprudência da Suprema Corte anterior a 1984, ver: JOCHNOWITZ, Leona. *Origins and development of right to counsel, including effective assistance of coun-*

neando alguns critérios práticos para a aferição do grau de efetividade necessário para satisfazer a cláusula constitucional do *right to counsel*.

No caso *Cronic*,[14] o réu foi acusado de praticar complexo estelionato, o qual fora investigado durante quatro anos e meio pelo Estado, que nesse ínterim havia reunido acervo composto por milhares de elementos de prova documental. Pouco antes do julgamento, o advogado constituído pelo acusado renunciou ao seu mandato, sendo substituído por um jovem advogado especializado em direito imobiliário, sem qualquer experiência no Tribunal do Júri. O Presidente do Tribunal concedeu ao novo defensor um prazo de 25 dias para ele se preparar para o julgamento.

Após ser prolatada sentença que o condenou a 25 anos de prisão, o acusado recorreu à Suprema Corte, ao fundamento de que, devido à complexidade da causa e à gravidade da acusação formulada, o tempo que havia sido concedido ao seu defensor técnico antes do início do julgamento havia sido insuficiente.

A Corte negou provimento ao recurso, ao argumento de que a função do processo penal de partes (*adversary system*) é propiciar ao defensor técnico do acusado oportunidade de confrontar significativamente a prova produzida pela parte processual acusadora, assegurando-se, assim, vereditos confiáveis.

Caso haja tal oportunidade, a Corte entendeu que inexiste violação à 6.ª Emenda, máxime porque no caso concreto não havia comprovação de que o defensor técnico tivesse cometido *erros demonstráveis* durante o julgamento.[15]

Já no caso *Strickland*[16] foi imputada ao acusado a prática de diversos crimes graves, tais como homicídio, roubo, extorsão mediante sequestro etc. Embora tenha sido nomeado para o réu um experiente advogado criminalista, o acusado ignorou a orientação de seu defensor técnico, optando por confessar a prática de dois homicídios, renunciar ao julgamento perante o Tribunal do Júri e se declarar culpado com relação a todas as acusações.

---

sel in capital cases. Toronto: All academic, 2011; ZEITLAN, Marilyn Lab. The constitutional mandate of effective assistance of counsel: the duty to investigate. *Hofstra Law Review* 6/245-262.

14. JOCHNOWITZ, Leona. Op. cit., p. 102 e ss.

15. ISRAEL, Jerod et al. Op. cit., p. 703-704; GOODPASTER, Gary. Op. cit., p. 61-62; TASLITZ, Andrew; PARIS, Margaret. Op. cit., p. 754 e ss.

16. JOCHNOWITZ, Leona. Op. cit., p. 102 e ss.; WELSH, White. *Litigating in the shadow of death: defense attorneys in capital cases*. Ann Arbor: Michigan University Press, 2003. p. 14 e ss.

Para a audiência de fixação da pena,[17] tal advogado se limitou a conversar com o acusado e telefonar para a mãe e a esposa dele, não produzindo qualquer elemento de prova sobre o caráter, os antecedentes sociais e o estado de saúde mental do acusado, tais como testemunhas de caráter ou elementos de prova pericial. Tal defensor tampouco procedeu ao exame cruzado dos peritos médicos apresentados pela acusação para testemunhar sobre a morte das vítimas.

O réu foi condenado à pena capital e recorreu à Suprema Corte, alegando que sua defesa técnica não foi efetiva, em razão da falta de qualquer tentativa de se localizar e produzir elementos de prova testemunhal de caráter, investigar os laudos periciais médicos e examinar os peritos.

O recurso teve provimento negado pela Corte, que entendeu só haver falta de efetividade da defesa técnica, apta a ensejar violação ao *right to counsel* da 6.ª Emenda, caso sejam satisfeitos dois requisitos cumulativos.

O primeiro é a razoável probabilidade de que, caso o defensor técnico não tivesse cometido os erros profissionais apontados no recurso, o veredito proferido teria sido mais favorável ao réu.

O segundo é a demonstração da deficiência na atuação profissional do defensor técnico do acusado no caso concreto, conforme *critério objetivo de razoabilidade*, à luz das normas de atuação profissional em vigor.

Ademais, nesse precedente jurisprudencial foram alinhavados os seguintes critérios: (a) presunção (relativa) de eficiência na atuação do advogado; (b) avaliação dos atos e omissões do advogado na perspectiva dele próprio, à época do julgamento e à luz das circunstâncias nas quais eles foram praticados; (c) necessidade de consideração de eventuais dificuldades do advogado quanto à

17. Nos Estados Unidos da América o procedimento judicial relativo aos crimes passíveis da sanção capital é bifásico ou escalonado. Na primeira fase procedimental, se decide a questão meritória da culpa/inocência do acusado, com base no critério do *ônus da parte acusadora de comprovar a procedência da acusação além de uma dúvida razoável* (*beyond a reasonable doubt*). Na hipótese de condenação há uma fase subsequente, na qual se decide a pena a ser aplicada, só podendo ser eleita a pena de morte com base no critério da *preponderância do conjunto de circunstâncias agravantes sobre as circunstâncias atenuantes do crime*. Caso inexista tal preponderância, a pena de morte é substituída por uma menos severa. Assim, cabe ao advogado de defesa produzir nessa segunda fase do procedimento a chamada *prova de mitigação* (*mitigating evidence*), que serve para humanizar o acusado e oferecer explicação para o crime (v.g. histórico de abuso físico ou sexual; dependência de drogas; deficiências mentais etc.). Sobre esse assunto, ver: JOCHNOWITZ, Leona. Missed mitigation: counsel's evolving duty to assess and present mitigation at death penalty sentencing. *Criminal Law Bulletin* 43/1-47.

escassez de tempo, de recursos financeiros, indisponibilidade de informações etc.[18]

Destarte, os únicos deveres decorrentes do múnus do defensor técnico que foram considerados *absolutos* pelo precedente jurisprudencial em apreço foram os seguintes: (a) ter lealdade na relação com o constituinte; (b) não patrocinar causas em que há conflitos de interesses; (c) atuar com um mínimo de habilidade e conhecimento; (d) consultar o constituinte sobre as decisões estratégicas importantes que tenham que ser tomadas no curso do processo criminal.

Na hipótese de violação a um desses deveres absolutos, portanto, o desrespeito à cláusula do *right to counsel* é automático, independendo de qualquer demonstração casuística de prejuízo.

A importância histórica do caso *Strickland* para o tema central em digressão – investigação criminal defensiva – não é tanto o resultado do julgamento, e sim o fato de a Corte ter reconhecido expressamente que o *dever de investigação* (*duty to investigate*) é um dos corolários lógicos do dever de proporcionar ao acusado uma defesa técnica *efetiva*.

Da análise dos casos *Cronic* e *Strickland* se conclui que o entendimento original da Suprema Corte era o de que só haveria violação ao *right to counsel* quando a deficiência na atuação do defensor fosse suficiente para comprometer o confronto significativo da prova de acusação durante a dialética processual. Nesse caso haveria, em última análise, comprometimento da própria confiabilidade do veredito proferido.

Tais critérios são criticados pela doutrina porque eles atribuem ao acusado que alega deficiência na atuação do seu próprio defensor o *pesado ônus* de superar presunção relativa de aptidão técnica nessa atuação, produzindo a *praticamente impossível* prova de que, caso os erros apontados no recurso não tivessem sido cometidos, o veredito provavelmente lhe teria sido mais favorável.

Também se critica a premissa de que o único propósito do processo penal de partes é viabilizar o confronto significativo da prova de acusação em Juízo, assegurando a credibilidade do veredito proferido. Argumenta-se que esse modelo processual também serve a outros propósitos, tais como tutelar os direitos fundamentais do acusado.

Nesse sentido, se critica o fato de os casos *Cronin* e *Strickland* não fornecerem quaisquer *deveres éticos mínimos* que devem pautar a atuação do defensor

18. ISRAEL, Jerod et al. Op. cit., p. 706 e ss.; GOODPASTER, Gary. Op. cit., p. 62-64.

técnico criminal, a fim de que ela possa ser considerada conforme o *right to counsel* da 6.ª Emenda.

Por derradeiro, se argumenta que os critérios vagos e imprecisos delineados nesses dois precedentes jurisprudenciais ensejaram uma sucessão de decisões judiciais casuísticas, imprevisíveis e heterogêneas entre si.[19]

3. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL NORTE-AMERICANO

Embora os casos *Cronic* e *Strickland* tenham incluído na cláusula constitucional do *right to counsel* o seu consectário da defesa técnica *efetiva*, é forçoso reconhecer que eles não estabeleceram critérios precisos para a aferição casuística do cumprimento dos deveres do advogado de *diligência profissional* (em geral) e de *investigação defensiva* (em particular).

No bojo do acórdão proferido no caso *Strickland* foi mencionado que tal aferição deve sempre levar em consideração as circunstâncias do caso concreto.

Ademais, foi consignado que nenhum conjunto de normas de atuação profissional pode disciplinar satisfatoriamente a vasta gama de decisões táticas que podem ser tomadas na condução estratégico-operacional das causas criminais sem *engessar* a independência e a liberdade de atuação do advogado.

Por fim, foi aduzido que o propósito do direito à defesa técnica efetiva não é melhorar a qualidade da assistência jurídica, e sim assegurar que o acusado tenha um julgamento justo.[20]

Nada obstante, tal precedente jurisprudencial reconheceu que para a aferição da atuação do defensor técnico podem servir como parâmetros os estatutos deontológicos que regem a atuação profissional dos advogados.

Dentre estes últimos, avulta a importância das *Normas para a Administração da Justiça Criminal da Ordem dos Advogados Norte-Americanos* (*American Bar Association Standards for the Administration of Criminal Justice*), as quais são citadas com frequência no bojo de acórdãos que tratam da matéria em apreço.

Trata-se de conjunto de normas promulgado para instituir padrões mínimos a serem seguidos pela Justiça Federal e pelas Justiças dos 51 Estados Federados daquele país, no sentido de assegurar a eficácia da persecução penal,

19. GOODPASTER, Gary. Op. cit., passim e especialmente p. 85 e ss.; JOCHNOWITZ, Leona. *Origins and development*... cit., p. 144 e ss.

20. JOCHNOWITZ, Leona. *Origins and development*... cit., p. 111-112.

por um lado, e proteger os direitos dos cidadãos submetidos ao controle do sistema penal, por outro.[21]

No que interessa ao tema da investigação criminal defensiva, foram originalmente editadas em 1971 as *Normas para a Justiça Criminal: função persecutória e defensiva* (*Standards for Criminal Justice: prosecution and defense function*), sendo que a edição ora em vigor foi publicada em 1993.

Trata-se de verdadeiro *Código de Conduta Profissional*, estabelecendo os deveres éticos mínimos que devem pautar a atuação das partes processuais penais.[22]

As *Normas sobre a Função Defensiva* contêm, na sua Parte I, alguns deveres genéricos do advogado criminalista.

A norma 4-1.2 *(b)*, por exemplo, institui o dever do defensor técnico de propiciar representação *efetiva* e *de qualidade* ao acusado.[23]

As normas 4-1.3 *(a)* e *(e)*, por sua vez, instituem os deveres de atuação profissional com *razoável diligência* e *presteza*, além de ressalvar que o defensor não deve ter um volume de trabalho excessivo, *que interfira com uma representação de qualidade*.[24]

---

21. BURGER, Warren. Introduction: the ABA Standards for Criminal Justice. *American Criminal Law Review* 12/251-253; JAMESON, William. The beginning: background and development of the ABA Standards for Criminal Justice. *American Criminal Law Review* 12/255-261.

22. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ORDEM DOS ADVOGADOS. *ABA Standards for Criminal Justice – Prosecution and defense function*. 3. ed. Washington D.C.: American Bar Association, 1993. Disponível em: [www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminal_justice_standards/prosecution_defense_function.authcheckdam.pdf]. Acesso em: 17.05.2008.

23. "Standard 4-1.2 The function of defense counsel
(*omissis*)
(*b*) The basic duty defense counsel owes to the administration of justice and as an officer of the court is to serve as the accused's counselor and advocate with courage and devotion and to render effective, quality representation."

24. "Standard 4-1.3 Delays; punctuality; workload
(*a*) Defense counsel should act with reasonable diligence and promptness in representing a client.
(*omissis*)
(*e*) Defense counsel should not carry a workload that, by reason of its excessive size, interferes with the rendering of quality representation, endangers the client's interest in the speedy disposition of charges, or may lead to the breach of professional obligations. Defense counsel should not accept employment for the purpose of delaying trial."

Na Parte IV, que versa sobre *investigação e preparação* (*investigation and preparation*) para o julgamento, é encontrada a norma 4-4.1, que institui o dever de investigação criminal (*duty to investigate*).

Eis, por importante, transcrição do inteiro teor da sobredita norma:

"Norma 4-4.1 *Dever de investigação*

(a) O advogado de defesa deve conduzir uma pronta investigação das circunstâncias do caso, e explorar todas as vias que levem a fatos relevantes para o julgamento mérito da causa e a aplicação da pena, no caso de condenação. A investigação deve incluir esforços para obter informação na posse da parte acusadora e da Polícia Judiciária. O dever de investigar existe independentemente da confissão do acusado, ou de afirmações para o advogado de defesa sobre fatos que configuram culpa, ou a afirmação da intenção do acusado de se declarar culpado.

(b) O advogado de defesa não deve buscar adquirir a posse de elementos de prova pessoalmente ou por intermédio de um investigador quando seu único propósito for o de obstruir o acesso a essa prova."[25]

A norma 4-4.2, por sua vez, proíbe o defensor técnico de utilizar quaisquer meios ilegais para obter elementos de prova ou informações, e de instruir ou encorajar terceiras pessoas a fazê-lo.[26]

Já a norma 4-4.3 disciplina as relações entre o advogado de defesa e potenciais testemunhas, prevendo: (a) proibição de quaisquer meios que não tenham outro propósito senão constranger, atrasar ou sobrecarregar a testemunha, e de métodos de obtenção de provas que violem os direitos dela; (b) proibição de remunerar a testemunha (exceto o perito), fora aquelas *despesas razoáveis*

25. "Standard 4-4.1 Duty to investigate
(a) Defense counsel should conduct a prompt investigation of the circumstances of the case and explore all avenues leading to facts relevant to the merits of the case and the penalty in the event of conviction. The investigation should include efforts to secure information in the possession of the prosecution and law enforcement authorities. The duty to investigate exists regardless of the accused's admissions or statements to defense counsel of facts constituting guilt or the accused's stated desire to plead guilty.
(b) Defense counsel should not seek to acquire possession of physical evidence personally or through use of an investigator where defense counsel's sole purpose is to obstruct access to such evidence."

26. "Standard 4-4.2 Illegal investigation
Defense counsel should not knowingly use illegal means to obtain evidence or information or to employ, instruct, or encourage others to do so."

decorrentes do comparecimento a Juízo (v.g. transporte; lucro cessante etc.), desde que não haja tentativa de ocultar tal remuneração; (c) desnecessidade de se advertir a testemunha quanto à autoincriminação e ao direito de assistência jurídica, ao ensejo da entrevista dela; (d) proibição de se desencorajar ou obstruir a comunicação entre testemunhas em potencial e a parte processual acusadora ou os advogados de defesa de corréus; (e) dever de evitar se entrevistar sozinho com a testemunha, exceto se o advogado de defesa estiver disposto a abrir mão dos direitos tanto de contraditá-la com base no teor da sua própria entrevista quanto de renunciar ao patrocínio da causa para que o seu próprio testemunho embase tal contradita.[27]

As relações entre o advogado de defesa e os peritos são disciplinadas na norma 4-4.4. Em apertada síntese, o regramento em apreço institui o dever de respeitar a independência do perito, evitando influenciar a formação da opinião dele sobre a questão objeto da perícia. Além disso, é vedado o pagamento de honorários *excessivos* com o fim de influenciar o teor do testemunho do perito em Juízo, ou combinar um valor de honorários condicionado a esse teor ou ao resultado final do julgamento.[28]

---

27. "Standard 4-4.3 Relations with prospective witnesses
(*a*) Defense counsel, in representing an accused, should not use means that have no substantial purpose other than to embarrass, delay, or burden a third person, or use methods of obtaining evidence that violate the legal rights of such a person.
(*b*) Defense counsel should not compensate a witness, other than an expert, for giving testimony, but it is not improper to reimburse a witness for the reasonable expenses of attendance upon court, including transportation and loss of income, attendance for depositions pursuant to statute or court rule, or attendance for pretrial interviews, provided there is no attempt to conceal the fact of reimbursement.
(*c*) It is not necessary for defense counsel or defense counsel's investigator, in interviewing a prospective witness, to caution the witness concerning possible self-incrimination and the need for counsel.
(*d*) Defense counsel should not discourage or obstruct communication between prospective witnesses and the prosecutor. It is unprofessional conduct to advise any person other than a client, or cause such person to be advised, to decline to give to the prosecutor or defense counsel for codefendants information which such person has a right to give.
(*e*) Unless defense counsel is prepared to forgo impeachment of a witness by counsel's own testimony as to what the witness stated in an interview or to seek leave to withdraw from the case in order to present such impeaching testimony, defense counsel should avoid interviewing a prospective witness except in the presence of a third person."

28. "Standard 4-4.4 Relations with expert witnesses
(*a*) Defense counsel who engages an expert for an opinion should respect the independence of the expert and should not seek to dictate the formation of the expert's

Na norma subsequente (4-4.5), é previsto o dever de cooperar com os procedimentos de compartilhamento de provas (*discovery*), devendo o advogado de defesa fazer *esforço razoavelmente diligente* para atender pedido legal de revelação dos elementos de prova que estejam na sua posse (*discovery request*).[29]

A doutrina norte-americana nota que o cumprimento do *dever* de investigação criminal defensiva pressupõe o *direito* ao acesso amplo e irrestrito aos elementos de convicção amealhados pela Polícia Judiciária ou parte acusadora, a fim de que o defensor técnico saiba quais são os fatos passíveis de investigação.[30]

Com efeito, há acusados que nada sabem sobre os fatos em apuração, por motivo de esquecimento; dependência de drogas; retardo mental; inocência etc. Assim, não é possível *presumir* que o próprio acusado possa fornecer ao seu patrono aquelas informações indispensáveis para o início da investigação criminal defensiva.[31]

A Suprema Corte, ao julgar o caso *Wiggins* vs. *Smith* em 2003,[32] reafirmou que a investigação criminal defensiva inexistente ou inadequada enseja uma defesa técnica *não efetiva*, via de consequência violando o núcleo essencial do *right to counsel* plasmado na 6.ª Emenda à Carta Política.

Nesse caso, o defensor técnico seguiu três linhas de investigação ao buscar possíveis elementos de prova mitigadores, para uso na audiência de fixação da pena do acusado: (a) requereu que um psicólogo examinasse o acusado; (b) obteve relatório do Departamento de Livramento Condicional (*probation*) sobre os antecedentes sociais do acusado e (c) pesquisou relatórios do Departamento de Serviço Social sobre a conturbada infância do acusado.

---

opinion on the subject. To the extent necessary, defense counsel should explain to the expert his or her role in the trial as an impartial witness called to aid the fact finders and the manner in which the examination of witnesses is conducted.
(*b*) Defense counsel should not pay an excessive fee for the purpose of influencing an expert's testimony or fix the amount of the fee contingent upon the testimony an expert will give or the result in the case."

29. "Standard 4-4.5 Compliance with discovery procedure
Defense counsel should make a reasonably diligent effort to comply with a legally proper discovery request."

30. ROBERTS, Jenny. Too little, too late: ineffective assistance of counsel, the duty to investigate and pretrial discovery in criminal cases. *Fordham Urban Law Journal* 31/1097-1156.

31. Idem, p. 1102-1103.

32. 123 S. Ct. 2527 (2003); WELSH, White. Op. cit., p. 19 e ss.

Nada obstante, na sobredita audiência não foi apresentado nenhum elemento de prova sobre os antecedentes sociais ou o histórico familiar do acusado.

Após ser condenado à morte, o apenado recorreu à Suprema Corte, a qual reconheceu violação ao dever de investigação do defensor técnico.

O fundamento dessa decisão foi de que no caso concreto os elementos de prova mitigadores não haviam sido investigados com o cuidado necessário para que o defensor técnico pudesse tomar uma decisão *racional* e *estratégica*, no sentido de não produzi-los durante a audiência.

Ademais, a Suprema Corte entendeu que tais elementos de prova mitigadores eram convincentes o bastante para tornar *provável* a fixação de pena distinta da capital, caso os jurados tivessem tomado conhecimento deles.

Também se aduziu no bojo desse julgado que o defensor técnico havia desrespeitado as já referidas *Normas para a administração da Justiça criminal da Ordem dos Advogados norte-americanos*, que impõem a investigação de todos os elementos de prova que estejam *razoavelmente disponíveis* para o defensor técnico.[33]

Assim, na atualidade o critério empregado pela Suprema Corte para aferir a deficiência na atuação do defensor técnico é a razoabilidade da decisão de não se apresentar elementos de prova mitigadores durante o ato processual.

Essa decisão deve decorrer de uma *estratégia racional*, e não de *desleixo* ou de *informações precárias*.[34]

Do ponto de vista político-criminal, é lícito supor que a evolução jurisprudencial que culminou com o *leading case Wiggins* decorra de maior percepção e sensibilidade dos Juízes da Suprema Corte quanto a algumas mazelas do sistema de administração da justiça criminal norte-americana.

Dentre tais fatores, podem ser mencionados: (a) a sempre questionada legitimidade da pena de morte; (b) a relativamente frequente deficiência na atuação profissional dos defensores técnicos de acusados sujeitos à pena capital; (c) os subsequentes erros judiciários daí decorrentes; (d) o caráter irreparável desses erros.[35]

---

33. JOCHNOWITZ, Leona. *Origins and development*... cit., p. 134 e ss.

34. ROBERTS, Jenny. Op. cit., p. 1114-1116.

35. Na atualidade há amplo debate público nos Estados Unidos da América acerca dos erros judiciários que cometidos contra pessoas condenadas à pena capital, muitas das quais são inocentadas pouco antes da execução da pena, devido ao uso de meios de prova modernos, tais como exames de DNA etc. (idem, p. 1117 e ss.).

Um dos meios de prevenção dessa espécie de erro judiciário é justamente a construção jurisprudencial de critérios mais rigorosos para aferição casuística do cumprimento do dever de investigar por parte do defensor técnico.

Devido a aplicabilidade do *right to counsel* a todas as fases da persecução penal, resta induvidoso que os efeitos da decisão proferida no caso *Wiggins* não se limitam ao ato processual específico nele debatido (audiência de fixação da pena), estendendo-se a quaisquer outros atos processuais penais.[36]

Assim, o entendimento hoje preponderante nos Estados Unidos da América é de que o dever de investigação criminal defensiva abrange não só os elementos de prova relativos à questão da culpa/inocência do acusado, como também aqueles elementos probatórios que podem ser utilizados como fatores de mitigação da pena capital a ser aplicada, na hipótese de condenação.[37]

4. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Hodiernamente não mais se discute que o nosso ordenamento jurídico-constitucional consagrou textualmente o direito fundamental do acusado à prova defensiva.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) assegura, em seu art. XI, o direito de todo acusado a: "julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

Já a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia de Direitos Humanos) de 1950 prevê os seguintes direitos mínimos do acusado: "Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa" (art. 6, 3, *b*); "obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação" (art. 6, 3, *d*, *in fine*).

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), por sua vez, consagra os direitos a: "dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa" (art. 14, 3, *b*) e "obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação" (art. 14, 3, *e*, *in fine*).

---

36. MEARS, Michael. The duty to investigate before deciding upon a defense strategy: the lessons of Wiggins v. Smith for all criminal cases. p. 1. Disponível em: [www.gpdsc.com/docs/resources-publications-articles_duty_to_investigate.pdf]. Acesso em: 17.05.2008.

37. Idem, p. 10 e ss.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969 prevê a: "concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa" (art. 8, 2, *c*) e o "direito da defesa de (...) obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos" (art. 8, 2, *f*).

Decisivo salientar que tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos quanto o Pacto de São José da Costa Rica foram promulgados pelo Estado brasileiro (Decretos 592/1992 e 678/1992, respectivamente), via de consequência se incorporando ao nosso ordenamento jurídico interno.

Em se tratando de tratados internacionais de tutela dos direitos humanos, eles são incorporados com hierarquia de *normas constitucionais*, por força do teor do art. 5.°, § 2.°, da CF/1988.

Por fim, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional – promulgado no Brasil pelo Dec. 4.388/2002 – também assegura aos acusados o direito a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação das suas defesas (art. 67, 1, *b*), obter o comparecimento das testemunhas de defesa na mesma condição das testemunhas da parte processual acusadora e "apresentar defesa e a oferecer qualquer outra prova admissível, de acordo com o presente Estatuto" (art. 67, 1, *e*).

Nossa Carta Constitucional de 1988 também assegura o direito dos cidadãos à ampla defesa, "com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5.°, LV, da CF/1988).

Tal direito não se esgota no seu teor literal. Pelo contrário, ele engloba diversas faculdades do acusado, corolários lógicos do direito à ampla defesa que igualmente se revestem de dignidade normativa constitucional.[38]

De fato, a doutrina mais abalizada leciona haver princípios constitucionais que, embora não consagrados textualmente na Carta Política, decorrem da sua interpretação lógico-sistemática, podendo-se falar em verdadeiros *princípios constitucionais implícitos*.[39]

---

38. MALAN, Diogo Rudge. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: _____; PRADO, Geraldo; (orgs.). *Processo penal e democracia. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 143-186.

39. "Nessa medida, podem ser considerados como parte integrante do Texto Constitucional aqueles vetores que, embora não elencados expressamente pelo legislador, foram por ele adotados implicitamente, e que podem ser deduzidos através de uma interpretação sistêmica. Os princípios implícitos se revestem da mesma importância atribuída

Confirma tal conclusão o fato de o próprio legislador constituinte não ter se limitado a assegurar a cláusula da ampla defesa, fazendo menção expressa aos "meios e recursos a ela inerentes" (art. 5.º, LV, da CF/1988). Além disso, o § 2.º do art. 5.º da CF/1988 ressalva que os direitos e garantias nela consagrados "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados".

Assim, é lícito concluir que o direito fundamental à ampla defesa possui consectários lógicos implícitos de cariz constitucional, os quais são verdadeiros pressupostos para a efetividade desse direito no dia a dia do sistema de administração da Justiça criminal.

Dentre tais corolários, avulta a importância do *direito à prova defensiva*[40] que se consubstancia no direito subjetivo à incorporação de material probatório aos autos do processo judicial, possuindo o mesmo fundamento político-criminal e a mesma natureza jurídica dos direitos fundamentais de ação e de defesa.

Assim, este último não se limita à possibilidade de influenciar o convencimento do juiz via sustentações orais, memoriais, arrazoados etc., abrangendo também o direito à produção em Juízo dos *elementos de prova* que possam corroborar tais manifestações defensivas.[41]

Esse direito não se circunscreve à fase judicial da persecução penal, estendendo-se à fase de investigação preliminar do delito.

De fato, durante essa fase investigativa podem ser produzidas provas cautelares, não reproduzíveis ou antecipadas, *todas elas passíveis de valoração pelo Juiz criminal na sentença* (art. 155 do CPP).

Nesse sentido, o acusado (na acepção ampla, abrangente do *investigado, indiciado* etc.) tem legítimo interesse em amealhar, já na fase de investigação preliminar do delito, elementos informativos que lhe sejam favoráveis – seja por ensejarem juízo de inadmissibilidade da acusação seja por influenciarem favoravelmente o convencimento do juiz na sentença.

àqueles explicitados pelo legislador, posto que também tomados como alicerce do ordenamento jurídico, impondo-se, igualmente, obediência aos comandos por eles emitidos" (PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 17/113-169).

40. Sobre tal direito, ver: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Ampla defesa e direito à contraprova. *RBCCrim* 55/364-386; RAFARACI, Tommaso. *La prova contraria*. Torino: Giappichelli, 2004.

41. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 83 e ss., especialmente.

Na precisa lição de Antonio Magalhães Gomes Filho:

"(...) o direito à prova também deve ser reconhecido antes ou fora do processo, até como meio de se obter elementos que autorizem a persecução, ou possam evitá-la. Partindo dessa constatação, parece possível identificar, num primeiro momento, um direito à investigação, pois a faculdade de procurar e descobrir provas é condição indispensável para que se possa exercer o direito à prova; na tradição inquisitorial, as atividades de pesquisa probatória prévia constituem tarefa confiada exclusivamente aos órgãos oficiais de investigação penal (Polícia Judiciária e Ministério Público), mas, no modelo acusatório, com a consagração do direito à prova, não ocorre ser possível negá-las ao acusado e ao defensor, com vistas à obtenção do material destinado à demonstração das teses defensivas."[42]

O *direito fundamental à investigação defensiva*, portanto, pode ser duplamente fundamentado: (a) no *direito à prova defensiva*, na medida em que o seu exercício em Juízo *pressupõe prévia atividade investigativa*; (b) na *garantia da paridade de armas*.[43]

Quanto a este último aspecto, o Ministério Público dispõe de vastos poderes e recursos materiais e humanos para investigar infrações penais, podendo requisitar diligências e instauração de inquérito policial à Polícia Judiciária (art. 129, VIII, da CF/1988), além de dispor de quadros funcionais investigativos e periciais próprios, ao menos no Estado do Rio de Janeiro.

Embora a Carta Constitucional não tenha facultado ao órgão ministerial a realização *direta* de diligências investigativas – questão controversa na doutrina e na jurisprudência – é fato que a instauração de procedimentos investigativos ministeriais *inominados* é uma realidade nos dias de hoje.[44]

---

42. Idem, p. 86-87.

43. Sobre tal princípio, ver: FARANDA, Claudio. *La par condicio nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1968; GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: _____. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 1-16. KARAM, Maria Lúcia. O direito à defesa e a paridade de armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (orgs.). *Processo penal e democracia. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 395-406; RODRIGUES, José Narciso da Cunha. Sobre o princípio da igualdade de armas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 1/77-103.

44. Causa profunda espécie a tolerância com a qual tais procedimentos são tratados na atualidade, pois eles se consubstanciam em *ilegalidade gritante*, à míngua de procedimento definido em lei e editado pelo Poder Legislativo da União – o único com competência para legislar sobre direito processual penal (art. 22, I, da CF/1988).

Assim sendo, se afigura imperativo que o acusado disponha dos mesmos poderes investigativos ao alcance do Ministério Público, em homenagem ao princípio da *par condicio*.

Devem ser rechaçados dois possíveis argumentos contrários à investigação criminal defensiva.

O primeiro é o de que as investigações preliminares encetadas pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária seriam feitas por órgãos *imparciais* do Estado, motivo pelo qual elas supostamente poderiam obter, *com o mesmo grau de probabilidade*, elementos probatórios e informativos favoráveis ou desfavoráveis ao acusado.

O segundo é o de que no Brasil a gestão probatória infelizmente ainda é protagonizada pelo juiz (art. 156, I e II, do CPP),[45] este supostamente seria capaz de produzir elementos probatórios com *as mesmas chances* de incriminar ou inocentar o acusado.

Quanto ao primeiro argumento acima, a psicologia e a experiência prático-profissional ensinam que quem investiga determinados fatos precisa previamente formular determinada hipótese acerca desses fatos, que a subsequente investigação confirmará ou não. Ocorre que *tal hipótese tende a condicionar o próprio desfecho das investigações*, tornando o investigador (de forma consciente ou não) *receptivo* àqueles elementos informativos que corroboram sua própria hipótese inicial, e *hostil* com relação aos demais (que a desmentem).

Assim sendo, não é correto considerar as investigações policiais ou ministeriais perfeitamente aptas a obter quaisquer elementos informativos favoráveis ao acusado.

Além disso, é inegável que tanto a Polícia Judiciária quanto o Ministério Público desempenham funções relacionadas ao exercício do poder punitivo estatal. Por esse motivo, é no mínimo discutível a imparcialidade desses órgãos.

Deve ser igualmente ressalvado que muitas vezes os prazos processuais e/ou o clamor da opinião pública pressionam a Polícia Judiciária e o Ministério Público a encerrar com presteza a fase de investigação preliminar do crime. Nessa conjuntura, a pressão para se *solucionar o caso* rapidamente não permite sejam adequadamente pesquisadas todas as possíveis linhas investigativas e fontes de prova favoráveis ao investigado.

---

45. Trata-se de dispositivo legal que padece de *inconstitucionalidade material*, por manifesta incompatibilidade com o sistema acusatório consagrado na Carta de outubro de 1988.

Quanto ao segundo sobredito argumento, é decisivo assinalar que a instrução probatória em um sistema acusatório deve ser protagonizada pelas partes processuais, a fim de se preservar a indispensável *imparcialidade* do órgão judicante. Este último não deve possuir quaisquer poderes de instrutórios, pois seu exercício compromete a capacidade psicológica do magistrado de admitir em Juízo e valorar imparcialmente os elementos probatórios *produzidos por iniciativa dele próprio*.[46]

É de se ressalvar que, mesmo se adotando ponto de vista contrário, remanesce irrefutável que os poderes instrutórios do juiz não tornam desnecessária a investigação defensiva. Isso porque tais poderes raramente são exercidos na prática e, mesmo quando o são, quase sempre tal exercício ocorre na fase *judicial* da persecução penal, portanto muito tempo após a consumação do crime. Assim sendo, eventuais fontes de prova favoráveis ao acusado tendem a ter desaparecido nessa fase judicial, de sorte a tornar imprescindível a investigação criminal defensiva em momento mais próximo da prática da infração penal.

Demonstrada a existência em nosso ordenamento constitucional do direito fundamental à investigação defensiva, resta indagar se nosso sistema processual penal efetivamente proporciona aos acusados aqueles meios e condições que são *indispensáveis* ao livre exercício desse direito.

A resposta infelizmente é negativa.

Em primeiro lugar, a *insuficiência de recursos* da vasta maioria da clientela preferencial do sistema penal brasileiro a impede de custear serviços de investigação particular.

Os órgãos estatais de assistência judiciária gratuita – até hoje sequer estruturados de forma *orgânica* e *adequada* em todos os Estados Federados – tampouco possuem corpos funcionais próprios e capacitados para assegurar uma investigação criminal defensiva aos seus assistidos.

Ademais disso, o Estatuto Processual Penal vigente carece de regulamentação mínima acerca da investigação defensiva. Trata-se de paradoxo, na medida em que o direito à prova defensiva na fase *judicial* pressupõe prévia atividade investigativa por parte do defensor técnico na etapa da *investigação preliminar*.

Essa lacuna normativa tem como consequências práticas diretas: (a) inviabilizar o acesso do defensor técnico a informações sigilosas e impedir a colheita coercitiva de declarações testemunhais por ele; (b) expor o defensor

46. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 157 e ss.

técnico que realize atividade investigativa ao risco de acusações pela prática de infrações penais contra a Administração da Justiça (v.g. *falso testemunho*; *fraude processual* etc.); (c) induzir preconceito contra a credibilidade de elementos informativos amealhados durante a investigação defensiva.

Essa deficiência legislativa é agravada pela falta de qualquer menção, nos estatutos deontológicos advocatícios, a *dever ético* de realizar investigação criminal defensiva.

Com efeito, o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) é absolutamente omisso quanto aos deveres do advogado criminalista na sua preparação para o julgamento. O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil,[47] por sua vez, somente previsão genérica em seu art. 21, no sentido de que: "É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado". O art. 45 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, por sua, vez, contém dispositivo igualmente genérico impondo ao advogado "esmero e disciplina na execução dos serviços".

No plano empírico, constata-se absoluta ausência de pesquisas acerca da prática de investigação criminal defensiva no dia a dia do sistema penal brasileiro.

De fato, a única pesquisa que tangenciou a questão em análise foi feita pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) em parceria com o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), analisando todas as apelações interpostas de condenações por crime de *roubo* perante o extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, no período compreendido entre 01.01.2000 e 31.12.2000.[48]

A sobredita pesquisa concluiu que dentre esse universo de condenados: (a) 97,69% não tiveram qualquer tipo de defesa ao ensejo da lavratura do auto de prisão em flagrante; (b) 77% não tiveram requerimento de qualquer medida em favor da sua liberdade (pedido de relaxamento de flagrante, de liberdade provisória, de revogação de prisão preventiva ou de *habeas corpus*); (c) 92,89% não tiveram acesso à defesa técnica logo após o oferecimento da denúncia; (d) 21,82% não contaram com a assistência de defensor por ocasião do interro-

47. Publicado no *DJU* 01.03.1995, p. 4000-4004. Disponível em: [www.oab.org.br/Content/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf]. Acesso em: 18.05.2008.

48. MARTINS, Fernanda Vargues; REZENDE, Guilherme Madi. Defesa formal x defesa substancial. In: IDDD. *Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo: a lei, o direito e a ideologia*. São Paulo: IBCCrim/IDDD, 2005. p. 97-107.

gatório; (e) 9,09% não tiveram alegações preliminares (art. 395 do CPP); (f) 35,7% não tiveram pedido de diligências (art. 499 do CPP); (g) 98,84% não tiveram sustentação oral recursal.

Por outro lado, praticamente todos os condenados tiveram alegações finais e razões de apelação confeccionadas pelos respectivos defensores técnicos.

A conclusão à qual essa pesquisa chegou foi a de que só houve exercício de defesa técnica em praticamente 100% dos casos no que tange àquelas peças processuais que são *consideradas obrigatórias pela jurisprudência, sob pena de nulidade processual.*

O diagnóstico da efetividade da defesa técnica penal em nosso país também se beneficiaria de pesquisa empírica semelhante, porém focada no cumprimento do dever ético de investigação criminal defensiva.

Tal pesquisa poderia indagar de determinada amostragem desses profissionais, por meio de formulários padronizados, se eles têm por hábito: (a) se entrevistar pessoalmente com o acusado e seus familiares; (b) requerer cópia da íntegra dos elementos informativos amealhados pela Polícia Judiciária ou parte processual acusadora; (c) tentar localizar fontes de prova testemunhal defensiva; (d) pesquisar elementos de prova sobre os antecedentes sociais do ofendido e das testemunhas de acusação, a fim de contraditá-los; (e) visitar o local do crime; (f) efetuar pesquisas sobre os fatos imputados em bancos de dados, registros comerciais, repartições públicas, na imprensa e/ou na rede mundial de computadores; (g) solicitar pareceres técnicos a peritos particulares; (h) contratar investigadores particulares; (i) requerer em Juízo a produção de elementos probatórios etc.

Mesmo à míngua dessa pesquisa, é lícito supor que seus resultados provavelmente seriam semelhantes àqueles obtidos na sobredita pesquisa feita pelo IBCCrim em parceria com o IDDD. De fato, tal probabilidade decorre não só dos dados empíricos obtidos por esta última pesquisa, como também da já demonstrada omissão do dever ético de investigar nos estatutos deontológicos advocatícios brasileiros.

Decerto a esses fatores podem ser somadas determinadas mazelas estruturais do sistema de administração da Justiça criminal brasileira, tais como: (a) falta de infraestrutura, de pessoal, de verbas e o excesso de demanda dos órgãos públicos de assistência judiciária, que atendem à vasta maioria da clientela do sistema penal; (b) precariedade da formação, seleção e remuneração dos advogados particulares nomeados como defensores dativos; (c) falta de previsão legal para a aplicação de qualquer espécie de sanção ético-disciplinar nos casos em que o defensor técnico do acusado é comple-

tamente omisso quanto ao seu dever de investigar; (d) teor do enunciado da Súmula 523 do STF.[49]

Quanto a este último aspecto, trata-se de verbete sumular promulgado em 1969, sob os auspícios de ditadura militar, que está a merecer pronto cancelamento, porquanto baseado em premissas *equivocadas* e causador de *injustificável amesquinhamento* do direito a uma defesa técnica *efetiva*.[50]

A nossa Carta Política de 1988 assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral a "ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Por esse motivo, são rigorosamente inúteis os conceitos de defesa "inexistente" e "deficiente" contidos no enunciado sumular em liça.

De fato, se a Carta Constitucional assegura aos acusados uma defesa penal *ampla*, parece evidente que a defesa penal "inexistente" não satisfaz o espírito da Constituição, pois só cabe indagar acerca da restrição ou amplitude de algo que *efetivamente exista*. A rigor, só haveria utilidade do conceito de defesa penal "inexistente" caso o nosso ordenamento jurídico-constitucional assegurasse aos acusados a sua antítese, ou seja, tão somente a "defesa penal". Ocorre que o legislador constituinte foi muito além, ao assegurar aos acusados a defesa penal "ampla, com os meios e recursos a ela inerentes".

Tampouco se vislumbra qualquer utilidade no uso do conceito de defesa penal "deficiente". Devido à origem etimológica da palavra "eficiência" – o latim *efficientia* ("aquilo que efetua, que produz") – tal palavra traz na sua acepção gramatical a ideia de algo que *efetivamente produz um resultado específico e desejado por alguém*.[51]

Ocorre que o defensor técnico penal não tem o dever de obter sempre o resultado absolutório, e sim o *dever de atuação profissional capacitada e diligente*.

Logo, a defesa técnica penal se assemelha, no particular, àquilo que a doutrina civilista denomina *obrigação de meio*, e não *de resultado*. Se o defensor técnico é *diligente*, mas mesmo assim o réu é condenado, é correto se afirmar que: (a) a defesa penal pode, sob certo sentido, ser considerada *deficiente*, pois

49. "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (*DJU* 10.12.1969, p. 5933; *DJU* 11.12.1969, p. 5949; *DJU* 12.12.1969, p. 5997).

50. MALAN, Diogo Rudge. Defesa penal efetiva. *Ciências Penais* 4/253-277.

51. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 720.

não logrou o resultado que almejava; (b) a defesa penal foi *efetiva*, não cabendo falar-se em violação à cláusula constitucional da ampla defesa.

Como a antítese de defesa penal *ampla* não é defesa penal *ineficiente*, este último conceito tampouco se demonstra útil.

Ante o exposto, é recomendável a depuração dessa confusão conceitual contida no verbete sumular em apreço pelo uso de somente dois conceitos: o de defesa penal *ampla* – a qual atende a exigência contida no art. 5.º, LV, da CF/1988 – e o de defesa penal *restrita* (antítese daquela), a qual enseja violação à sobredita garantia constitucional.

Na verdade, quando se fala em defesa penal *inexistente*, *deficiente* ou *formal*, se quer fazer referência à restrição ilegal do direito de defesa penal decorrente da *negligência* ou *imperícia* do defensor técnico.

Na lição do filósofo do direito espanhol José Luis Serrano, a norma jurídica deve ser dotada, além de *vigência* (cumprimento dos requisitos formais de incorporação ao ordenamento jurídico) e *validade* (conformidade com o restante do ordenamento jurídico), de *efetividade*.[52] Esta última expressão pressupõe concepção instrumental do ordenamento jurídico a serviço de determinados fins, classificando a norma jurídica pelo critério de sua *idoneidade como instrumento para atingir determinado objetivo*.[53]

Nos casos em que o defensor técnico do acusado é *negligente* ou *imperito* na sua atuação profissional, desperdiçando sucessivas oportunidades a ponto de diminuir ou obliterar as chances de melhora da situação jurídica do seu constituinte, não resta dúvida que se retira da ampla defesa esse atributo da *efetividade*.

Ocorre que a atual interpretação do STF acerca do assunto inexplicavelmente não fornece quaisquer *critérios práticos* para nortear a *aferição casuística* dessa efetividade. Pelo contrário, o verbete sumular n. 523 ignora o fato de a falta de efetividade da defesa técnica ensejar sempre *nulidade absoluta* do processo judicial, por *atipicidade constitucional*. Não há, portanto, como se cogitar de *nulidade relativa* ou de *mera irregularidade*, em razão da dimensão de garantia que tem o preceito constitucional em apreço, por interessar à ordem pública e à boa condução do processo.[54]

---

52. LUIS SERRANO, José. *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999. Passim, p. 20-23, especialmente.

53. Idem, p. 20.

54. GRINOVER, Ada Pellegrini. O sistema de nulidades processuais e a Constituição. In: _____. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 35-44.

É desnecessária, por conseguinte, a demonstração casuística do prejuízo causado ao réu, pois a ocorrência dele é manifesta.

O critério estabelecido no enunciado da Súmula em apreço, portanto, parte de premissa equivocada e termina por servir como um *óbice praticamente instransponível* para o acusado que pretenda declaração judicial de nulidade decorrente da falta de efetividade de sua própria defesa técnica.

Isso porque o *prejuízo* – ou seja, a prova de que caso o acusado tivesse tido uma defesa penal *efetiva*, ele inexoravelmente teria sido absolvido – é *empiricamente indemonstrável*. De fato, é *humanamente impossível* para o acusado provar isso, tratando-se, no mínimo, de um ônus excessivamente pesado. Assim, na prática o verbete sumular em apreço funciona menos como um critério prático para a aferição casuística da efetividade da defesa técnica e mais como um *artifício para a rejeição de pedidos de declaração de nulidade processual decorrente de falta de efetividade da defesa técnica*.

Em suma: a conjunção de todas as mazelas institucionais e sociais ora apontadas – insuficiência de recursos da clientela do sistema penal; falta de regulamentação legislativa da investigação criminal defensiva; omissão do dever ético de investigar nos estatutos deontológicos advocatícios brasileiros; preconceito cultural contra elementos informativos produzidos pelos defensores técnicos; problemas estruturais do sistema penal brasileiro; Súmula 523 do STF etc. – tornou a investigação criminal defensiva, que deveria ser direito fundamental assegurado a qualquer acusado, verdadeiro *privilégio de poucos abastados*.

Trata-se de uma das principais desigualdades materiais que desfavorecem o acusado no âmbito do sistema penal brasileiro.

5. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, é lícito concluir que a imprescindível reforma global do Estatuto Processual Penal de 1941 deve seguir a metodologia da prévia definição de quais serão os *princípios estruturais* que darão *harmonia*, *coerência* e *unidade sistêmica* ao novo Código.[55]

Dentre tais princípios basilares, é imprescindível incluir o direito fundamental do acusado à *investigação defensiva*, o qual se fundamenta tanto no *direito à prova defensiva* quanto na *garantia da paridade de armas*.

---

55. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim do IBCCrim* 188/11-13; LOPES JR., Aury. Bom para quê(m)? *Boletim do IBCCrim* 188/9-11.

Ademais disso, para se conferir *operacionalidade prática* ao sobredito direito fundamental são necessárias duas inovações simultâneas: (a) a regulamentação do *procedimento* de investigação criminal defensiva no bojo do novel Código de Processo Penal; (b) a disciplina detalhada do *dever ético* de investigação defensiva nos estatutos deontológicos advocatícios.

O debate acerca da regulamentação do direito à investigação criminal defensiva, portanto, é *absolutamente indissociável* dos debates acerca da *efetividade* da defesa técnica penal e dos *deveres deontológicos* do defensor do acusado.

De fato, a investigação criminal defensiva não pode ser vista como *faculdade*, a ser exercida ou não de forma *discricionária*, segundo as *conveniências pessoais* de cada defensor técnico. Pelo contrário, a investigação criminal defensiva se consubstancia em verdadeiro *poder-dever*.

Em outras palavras: é necessária a sedimentação no caldo cultural dos legisladores e operadores jurídicos brasileiros da ideia de que *existe dever ético de* investigar imposto ao defensor técnico, como parte integrante do seu dever de propiciar defesa penal *efetiva*, por meio de uma atuação profissional com *capacitação técnica* e *empenho pessoal*.

Segundo o jurista argentino Alberto Binder, a defesa técnica penal possui uma peculiaridade: se por um lado ela atua em conjunto com as demais garantias processuais, por outro ela é *a* mais importante garantia do acusado, na medida em que, na prática, ela torna operativas as demais. Logo, a defesa não pode ser colocada no mesmo patamar de importância das outras garantias, porque a intangibilidade dela é *a* garantia fundamental, que assegura ao acusado que todas as demais tenham vigência concreta.[56]

Assim, o desafio contemporâneo não é mais o reconhecimento *legislativo* do direito à defesa técnica, e sim assegurar sua *efetividade* no dia a dia do funcionamento do sistema penal brasileiro.

Para essa difícil empreitada, decerto será necessário longo processo de superação dos diversos óbices alinhavados acima.

Nada obstante, a regulamentação de *dever ético de investigar* pelos nossos estatutos deontológicos advocatícios e pela jurisprudência do STF sobre defesa técnica *efetiva* – à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos da América – já seria um proveitoso ponto de partida.

Nesse sentido, é recomendável o pronto cancelamento da Súmula 523 do STF – de raízes históricas e inspirações ideológicas nitidamente *autoritárias* – e

56. BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 155.

a simultânea adoção de alguns parâmetros criados pela Suprema Corte estadunidense ao julgar o *leading case Wiggins* vs. *Smith*.[57]

Vale dizer: não enseja nulidade processual o simples fato de o defensor técnico deixar de apresentar quaisquer elementos de prova defensiva em Juízo, *desde que* o faça por decisão *informada* e *racional* tomada na condução estratégico-operacional da causa, *após realizar investigação defensiva*.

A sobredita nulidade deve decorrer somente daquela inércia probatória do defensor técnico que é resultante de *desleixo* ou *equívoco*, porquanto baseada em *informações precárias* ou *incompletas*, resultantes da falta de investigação defensiva adequada.

Nessas hipóteses, caso posteriormente fique comprovado que havia elementos de prova potencialmente favoráveis ao acusado, os quais seriam *razoavelmente obteníveis* por um defensor técnico diligente, o processo judicial deve ser anulado, por falta de defesa técnica *efetiva*.

6. BIBLIOGRAFIA

AMAR, Akhil Reed. Foreword: sixth amendment first principles. *Georgetown Law Journal*. n. 84. p. 645-712. Washington D.C.: Georgetown University Law Center, 1996.

BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 64. p. 253-273. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2007.

BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

BURGER, Warren. Introduction: the ABA Standards for Criminal Justice. *American Criminal Law Review*. n. 12. p. 251-253. Washington D.C.: Georgetown University Law Center, 1974-1975.

CHIAVARIO, Mario; MARZADURI, Enrico (orgs.). *La difesa penale*. Torino: Utet, 2003.

CLINTON, Robert. The right to present a defense: an emergent constitutional guarantee in criminal trials. *Indiana Law Review*. n. 9. p. 711-858. Indianapolis: Indiana University, apr. 1976.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Ampla defesa e direito à contraprova. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 55. p. 364-386. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2007.

_____. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim do IBCCrim*. n. 188. p. 11-13. São Paulo: IBCCrim, jul. 2008.

57. 123 S. Ct. 2527 (2003).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ORDEM DOS ADVOGADOS. *ABA Standards for Criminal Justice – Prosecution and defense function*. 3. ed. Washington D.C.: American Bar Association, 1993. Disponível em: [www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminal_justice_standards/prosecution_defense_function.authcheckdam.pdf]. Acesso em: 17.05.2008.

FARANDA, Claudio. *La par condicio nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1968.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

GOODPASTER, Gary. The adversary system, advocacy, and effective assistance of counsel in criminal cases. *Review of Law and Social Change*. n. 14. p. 59-92. New York: New York University of Law, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: _____. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. O sistema de nulidades processuais e a Constituição. In: _____. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

HEWETT, Martin. A more reliable way to present a defense: the compulsory process clause after Crawford v. Washington. *The Georgetown Law Journal*. n. 96. p. 273-315. Washington D.C.: Georgetown University Law Center, 2007.

ISRAEL, Jerod et al. *Criminal procedure and the Constitution*. Saint Paul: West Publishing, 2007.

JAMESON, William. The beginning: background and development of the ABA Standards for Criminal Justice. *American Criminal Law Review*. n. 12. p. 255-261. Washington D.C.: Georgetown University Law Center, 1974-1975.

JOCHNOWITZ, Leona. Missed mitigation: counsel's evolving duty to assess and present mitigation at death penalty sentencing. *Criminal Law Bulletin*. n. 43. p. 1-47. Minesota: Westlaw, jan.-feb. 2007.

_____. *Origins and development of right to counsel, including effective assistance of counsel in capital cases*. Toronto: All academic, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. O direito à defesa e a paridade de armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (orgs.). *Processo penal e democracia. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. Bom para quê(m)? *Boletim do IBCCrim*. n. 188. p. 9-11. São Paulo: IBCCrim, jul. 2008.

LUIS SERRANO, José. *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

MAIER, Julio. ¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho? *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?* n. 1. p. 263-284. Buenos Aires: Latindex, 2000.

MALAN, Diogo Rudge. Defesa penal efetiva. *Ciências Penais*. n. 4. p. 253-277. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2006.

_____. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: _____; PRADO, Geraldo; (orgs.). *Processo penal e democracia. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARTINS, Fernanda Vargues; REZENDE, Guilherme Madi. Defesa formal x defesa substancial. In: IDDD. *Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo: a lei, o direito e a ideologia*. São Paulo: IBCCrim/IDDD, 2005.

MEARS, Michael. The duty to investigate before deciding upon a defense strategy: the lessons of Wiggins v. Smith for all criminal cases. Disponível em: [www.gpdsc.com/docs/resources-publications-articles_duty_to_investigate.pdf]. Acesso em: 17.05.2008.

PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. n. 17. p. 113-169. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1996.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RAFARACI, Tommaso. *La prova contraria*. Torino: Giappichelli, 2004.

ROBERTS, Jenny. Too little, too late: ineffective assistance of counsel, the duty to investigate and pretrial discovery in criminal cases. *Fordham Urban Law Journal*. n. 31. p. 1097-1156. New York: Fordham University School of Law, 2003-2004.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha. Sobre o princípio da igualdade de armas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. n. 1. p. 77-103. Coimbra: Coimbra Ed., jan.-mar. 1991.

STEFANI, Eraldo (org.). *Codice dell'indagine difensiva penale: commentato ed annotato con la giurisprudenza e la deontologia*. Milano: Giuffrè, 2005.

STEINER, Margaret. Adequacy of fact investigation in criminal defense lawyers' trail preparations. *Arizona State Law Journal*. p. 523-556. Tempe: Arizona State University, 1981.

TASLITZ, Andrew; PARIS, Margaret. *Constitutional criminal procedure*. Westbury: Foundation Press, 1997.

WELSH, White. *Litigating in the shadow of death: defense attorneys in capital cases*. Ann Arbor: Michigan University Press, 2003.

WESTEN, Peter. Confrontation and compulsory process: a unified theory of evidence for criminal cases. *Harvard Law Review*. n. 91. p. 567-628. Cambridge: Harvard Law School, 1977-1978.

ZEITLAN, Marilyn Lab. The constitutional mandate of effective assistance of counsel: the duty to investigate. *Hofstra Law Review*. n. 6. p. 245-262. Hempstead: Hofstra University School of Law, 1977-1978.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A reforma do Código de Processo Penal brasileiro. Pontos de contato com o direito estrangeiro, de Ada Pellegrini Grinover – *RePro* 169/93;
- O direito constitucional processual penal: o processo penal como garantia do indivíduo, de Ionilton Pereira do Vale – *RT* 897/405;
- O processo penal norte-americano e sua influência, de José Carlos Barbosa Moreira – *RePro* 103/95; e
- Processo penal constitucional e democrático. A necessidade de manifestação do defensor após parecer do Ministério Público em tribunal e desfavorável ao acusado, de João Eduardo Ribeiro de Oliveira – *RT* 910/235.

- *A reação defensiva à imputação*, de Antonio Scarance Fernandes, São Paulo, Ed. RT, 2002.

60322

JUIZ-SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA. BREVE ENSAIO SOBRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E O ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA CRIMINAL NA REALIDADE PERIFÉRICA

1

Judge-secretary for public safety. A brief overview about neo-constitutionalism and legal activism in criminal matter in the reality of the outskirts

ANTONIO PEDRO MELCHIOR

Mestre em Direito pela Unesa. Professor de Processo Penal da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (Emerj). Membro do Corpo Freudiano do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Núcleo de Direito e Psicanálise do Programa de Pós-graduação da UFPR. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito

RESUMO: Este ensaio pretende refletir acerca do papel do Judiciário em matéria criminal no contexto social e político do neoconstitucionalismo na realidade periférica. Todavia, o objetivo central do estudo é pensar o ativismo judicial em âmbito penal para além da problematização em torno do neoconstitucionalismo, cogitando as condições psicológicas que permitem uma hipertrofia do Judiciário em nome da "guerra contra o crime". Desta forma, analisar-se-á brevemente os efeitos gerados pela difusão do medo e do *populismo punitivo*, aqui entendido como um dos principais substratos psíquicos ao apelo por um Judiciário ativo, na qual o julgador incorpora a *persona* de secretário de segurança pública, aprofundando

ABSTRACT: This paper has the objective of reflecting about the role of the Judiciary in criminal matters in the social and political context of neo-constitutionalism and in the reality of the outskirts. However, the main focus of this study is to consider legal activism within a criminal scope and something that goes beyond the problematization around neo-constitutionalism, considering the psychological conditions that allows for a hypertrophy of the Judiciary in the name of "a war against crimes". In this fashion, the effects generated by promoting fear and *punitive populism* are briefly analyzed, and are understood as some of the main psychiatric underlayers behind the

os mecanismos de punitividade em detrimento do controle das regras do jogo.

outcry for an active Judiciary system where judges incorporates the persona of the Secretary for Public Safety, deepening the mechanisms of punishment as a trade-off for the control of the rules of the game.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo - Ativismo judicial - Direito criminal - Juiz-secretário de segurança pública.

KEYWORDS: Neo-constitutionalism - Legal activism - Criminal Law - Judge-Secretary of Public Defense.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Notas sobre o neoconstitucionalismo no Brasil e o agigantamento do Poder Judiciário: 2.1 Constitucionalização do direito criminal: a redução de danos - 3. As condições psicológicas do ativismo no processo penal: arquitetura do medo e a propagação da mensagem punitiva - 4. Metáfora da "guerra" na realidade periférica e o juiz-secretário de segurança pública - 5. O abismo ideológico entre o ativismo judicial no processo civil e no processo penal: do cumprimento das promessas da modernidade à contenção da profilaxia punitiva - 6. Conclusão - 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O neoconstitucionalismo, sem embargo de todos os desdobramentos, será abordado sob dois aspectos essenciais: o que se entende por constitucionalização do direito (criminal) e os efeitos do deslocamento da agenda política de outros poderes da república para o Judiciário (precisamente, a Segurança Pública).

Neste contexto, pretende-se fixar como ponto de partida que o neoconstitucionalismo e o fenômeno da constitucionalização, para o direito criminal, representaram a incorporação de um paradigma de *redução de danos*, ao inverso do que o eficienticismo penal tem programado com a inversão ideológica do discurso garantista. Dentro do mesmo ponto de vista, mas sob outro aspecto, almeja-se demonstrar que o neoconstitucionalismo produziu necessidades sociais e políticas distintas, conquanto a atuação estatal incida sobre a vida livre ou em cumprimento das promessas emancipatórias descritas na Constituição.

A consciência desta distinção conduz ao reconhecimento da especificidade ideológica do Processo Civil e do Processo Penal e, por conseguinte, permite pensar uma proposta que integre um Judiciário ativo na efetivação das condições sociais de dignidade, ao mesmo tempo em que estruture uma tipologia de contenção ao exercício do poder punitivo e, neste contexto, fixe o Judiciário em sua missão de maximizar a proteção das garantias fundamentais.

2. NOTAS SOBRE O NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E O AGIGANTAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

"Logo, há que se perguntar também: é a justiça, em seu atual modo de funcionamento, não apenas uma substituta imperial, mas também uma substituta do imperador?"
(Inceborg Maus).

Falar de neoconstitucionalismo no Brasil demanda uma conexão profunda "com a realidade, com o modo pelo qual o Direito atua e é percebido" nestas terras.[1] Afinal, não é outro o lugar em que a desigualdade na democratização do *gozo* se torna responsável pela naturalização do exercício da violência em todos os registros da existência.[2]

Na "vida civil" da sociedade brasileira, o *imperativo de gozar* se materializa em violência social nas ruas, colocando em xeque a omissão estatal no cumprimento dos anseios da contemporaneidade inscritos na Constituição; no âmbito criminal, se desdobra no abuso da violência institucional, deixando clara a fratura entre as práticas punitivas e a expectativa democrática de contenção ao exercício do Poder.[3]

O neoconstitucionalismo[4] ao conceber a Constituição como um instrumento de *justiça social* cria uma mudança paradigmática na maneira com que

1. NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Lealdade processual: elemento da garantia de ampla defesa em um processo penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 2. O autor se refere ao "discurso racionalizador e universalizante do saber jurídico" salientando a importância da conexão com a realidade, sem cair, evidentemente, num empirismo acrítico. As considerações são de sobremaneira pertinentes que parecem ser de total aproveitamento no debate sobre o neoconstitucionalismo.
2. BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade. A psicanálise e as novas formas de subjetivação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 71. Sobre a ausência de democratização do gozo e da violência em vários domínios, completa Birman: "regulada sempre que foi pela busca pelo gozo próprio e para retirar os entraves à sua expansão (...). Com isso, a destruição humana e a crueldade passaram a ganhar cada vez mais corpo e espaço na subjetividade, sendo sempre autorizadas e legitimadas pelo gozo sem limite".
3. Acrescentaria Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: "o discurso do direito é, por excelência, *imaginário* (Lacan) e, portanto, passível de desmanchar a partir de um outro lugar, produtor da desilusão, do qual o maior exemplo é a fome": O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, n. 9-10, ano 5, p. 243.
4. Deve ser esclarecido que o próprio termo *neoconstitucionalismo* não é adotado com generalidade nas ordens constitucionais comparadas, sendo, inclusive, sequer men-

foram concebidas muitas categorias jurídicas. É assim que aproxima o direito da força normativa dos princípios; abre o sentido semântico da linguagem textual dos Códigos; constitucionaliza vários direitos fundamentais;[5] aproxima o *Direito* da *Moral* e, principalmente, judicializa a política e as relações sociais, deslocando significativamente o poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.[6]

O paradigma neoconstitucional que se desenvolve sob a égide da Constituição da República de 1988[7] seguirá, neste ensaio, o seguinte olhar: refletir sobre

---

cionado nos Estados Unidos ou na Alemanha. "Trata-se de um conceito formulado, sobretudo, na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003". SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 114.

5. A respeito da constitucionalização do Direito como um dos desdobramentos da transformação levada a efeito pelo neoconstitucionalismo, remeto às considerações de Luís Roberto Barroso: "A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais". BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: [http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito]. Acesso em: 29.06.11, p. 2.

6. SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 114.

7. Idem, p. 113. "O direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionados à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica

o agigantamento do papel social exercido pelo Judiciário em sua relação com a defesa dos direitos e garantias fundamentais e a missão constitucional dos demais poderes da república.[8]

O agigantamento do Judiciário no atual cenário político constitucional apresenta-se, portanto, como um *sinthoma* do neoconstitucionalismo. Mas a difícil relação estabelecida com o Executivo (que aqui será tratada sob o prisma da Segurança Pública)[9] não é menos conflituosa do que o relacionamento estabelecido entre o Judiciário e o Legislativo, sendo este o caso da maioria das críticas levantadas envolvendo os limites da *jurisdição constitucional.*

Algumas considerações sobre este ponto são relevantes. Como apontado por Daniel Sarmento,[10] o neoconstitucionalismo, dentre outros fenômenos, foi responsável por promover uma abertura semântica na linguagem textual do Direito, o que teria produzido, nas palavras de Juan Carlos Bayón,[11] um espaço livre de autocontenção jurisdicional extremamente hostil à democracia.[12]

---

quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como 'neoconstitucionalismo'. Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 1988, envolvem vários fenômenos diferentes (...)".

8. O neoconstitucionalismo, cuja constitucionalização do direito é um efeito, repercute diretamente sobre a atuação de todos os poderes estatais. "Ao legislador e ao administrador, impõe deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição". BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 2.

9. As formas correntes de investigação acerca da relação entre o Judiciário e o Executivo não contemplam a política de Segurança Pública como objeto, mas, frequentemente, o problema do cumprimento dos direitos sociais descritos na Constituição, de que é exemplo clássico, o acesso à saúde pela entrega de medicamentos. Esta abordagem dá conta apenas de uma face do chamado *ativismo judicial*, relacionando-o às *promessas da modernidade* consubstanciadas nos direitos sociais. Como será visto adiante, bons argumentos que, em tese, legitimariam uma atuação moderada do Judiciário nestas situações (efetivação dos direitos sociais) são incorporados acriticamente na discussão a respeito da postura ativa ou passiva do Judiciário em matéria processual penal. E é assim que o discurso do Judiciário como *instrumento de justiça social* é trazido para o direito criminal a custo das garantias fundamentais e dos mecanismos de *interdição* do poder, em sua trajetória incessante de flerte com o autoritarismo.

10. Sarmento, Daniel. Op. cit., p. 114.

11. BAYÓN, Juan Carlos. *Democracia y derechos*: problemas del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel et al (orgs.). *El Canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. p. 290.

12. Neste ponto, assume relevância vital aquilo que se entende por democracia, oportunidade em que se pode observar uma divergência entre posições eminentemente *procedimentalistas* ou *substancialistas* (destas posições, variarão, em conjunto, a posição

"Cuanto mayor sea el número de disposiciones constitucionales formuladas en términos muy abstractos, cuyo significado sea esencialmente controvertido y que puedan entrar con frecuencia en colisión, y deferencia ante la interpretacion de esas disposiciones de significado controvertible que haga suya el legislador, tanto más podrá afirmarse que el alcance preciso de los límites al poder de este está en la práctica en manos de los jueces constitucionales. Éstos –segundo factor– tienen una legitimidad democrática de orígen menor que la del Parlamento."

Para Bayón, quando cotejado em sua relação com o Poder Legislativo, o grau de legitimidade democrática do Judiciário seria bastante limitado, o que coloca em questão a forma com que realiza o controle constitucional e sobre quais seriam estes limites. Afinal, para Bayón, por exemplo, sem embargo de

---

a ser assumida pelo Judiciário). Nas palavras de Juan Carlos Bayón: "Un buen ejemplo del primer tipo de concepción podría ser la posición mantenida por Brian Barry, para quien la democracia debe ser entendida simplesmente como un *procedimiento* para determinar el contenido de las decisiones colectivas cuyo rasgo distintivo consistiria en que 'las preferencias de los ciudadanos tienem alguna conexión formal con el resultado en la que cada uno cuenta por igual'. Aunque em principio esto implica no introducir en la definición de 'democracia' ninguna exigencia o restricción acerca del contenido de las decisiones adoptadas, una concepción como ésta admitiria como excepciones 'las regras requeridas por la democracia misma como procedimiento' (...). Con arreglo al segundo punto de vista, en cambio, por 'democracia' habría que entender no meramente un procedimiento de decisión (cuyo valor estaria sujeto a la satisfacción de unas condiciones mínimas), sino un sistema político completo que en su 'estructura, composición y prácticas trata a todos los miembros de la comunidad, como indivíduos, con igual consideración y respecto (...). Para este tipo de concepción, abiertamente substancial, lo decisivo para calificar un sistema político como 'democracia' no seía cómo se toman las decisiones, sino además de eso, y en realidad por encima de eso, qué se puede y qué no se puede decidir o dejar de decidir". Op. cit., p. 300-301. Por fim, é importante citar a *proposta conciliatória* levantada por Fábio Corrêa Souza de Oliveira quando, a despeito da Constituição da República, trata do assunto em questão: "Uma teoria da Constituição vai, necessariamente, congregar um misto de procedimento e substância. Não há materialidade sem processo, tal como não há processo sem materialidade. (...) Sem embargo, não é acertado afirmar que a Constituição brasileira é mais substancial do que processual, como se as *formas de democracia* tivesse pouca ou menor importância. O que ocorre é que os procedimentos não estão livres para proclamar qualquer conteúdo, porque, para além da própria materialidade que sustentar o rito do processo, a Carta Magna enuncia uma substancialidade que conforma os produtos ou as conciliações, democraticamente, obtidas". OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 155.

que sejam alguns direitos e liberdade essenciais à democracia, "es controvertible qué derechos deberíamos considerar 'precondiciones de la democracia', como lo es también qué alcance debería reconocerse a da uno de ellos y cómo deberían resolverse los conflictos entre los mismos".[13]

A consideração de que o Poder Judiciário seria um órgão deficitário de conteúdo democrático em comparação com os outros poderes da república é de certa forma aparente, a refletir acerca da ausência de sufrágio para ingresso de seus integrantes. Contudo, não obstante as críticas dirigidas à hipertrofia do Judiciário no cenário político de outros poderes, a argumentação pela ausência de legitimidade democrática não é tão simples. Luigi Ferrajoli[14] explica:

"A diferencia de cualquier outra actividad jurídica, la jurisdiccional, en el estado de derecho, es una actividad no sólo practica o prescriptiva que tiene por necesaria justicación una *motivación* total o parcialmente cognoscitiva. Las leyes, los reglamentos, las resoluciones administrativas y los negocios privados son actos exclusivamente fundados o infundados. Las sentencias, sin embargo, exigen una motivación que debe ser fundada en hecho y en derecho."

Observa-se, por Ferrajoli, que o Judiciário exerce a sua legitimidade política na forma com que produz os seus provimentos, não sendo outra a razão pela qual é imprescindível à democracia fortalecer uma *teoria da decisão* que seja ela mesma, um limite intransponível ao *decisionismo* do julgador.[15]

Além de conduzir à concentração da agenda política de outros Poderes (reafirma-se que importará aqui a Segurança Pública), o deslocamento demasiado das angústias sociais ao Judiciário parece apontar para um modelo de *sociedade órfã*, acompanhado por um entendimento por parte da população que assume traços de uma veneração religiosa.[16]

---

13. BAYÓN, Juan Carlos. Op. cit., p. 298.

14. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho e razón*. Madri: Trotta, 2009. p. 542.

15. Se há um lugar em que a ausência de uma teoria da decisão é grave, é este o espaço em que respira a liberdade dos homens. Afinal, no Processo Penal, o decisionismo produz dor e sofrimento humano.

16. MAUS, Inceborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Trad. Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 16. Citando Marcuse (MARCUSE, Herbet. Das Veralten der Psychoanalyse. In: id; *Jultur und Gesellschaft* 2, Frankfurt a. M. 1965, p. 96), explica Inceborg que o "excesso de confiança depositado no Judiciário também pode ser quantificado em sondagens (nesse caso, relativas à jurisdição constitucional). Dentre as instituições políticas e sociais da Alemanha, a confiança depositada pela população no Tribunal Constitucional alemão atinge exorbitantemente a taxa de 62%. Para fins de comparação: as universidades

O chamado *ativismo judiciário* deve ser compreendido dentro deste contexto social, responsável por produzir determinada economia psíquica em que a própria justiça "eleva-se à condição de instância moral superior da sociedade, subtraída aos mecanismos sociais de controle aos quais – no campo ideal – todos os aparelhos estatais de uma forma de organização política democrática deveriam se submeter".[17]

A veneração social ao papel do Judiciário é preocupante não apenas porque enubla os limites de atuação deste poder em relação aos outros, mas também porque fortalece uma espécie de *servidão* coletiva a uma Instituição política, em detrimento de outros modelos sociais aptos à resolução dos inconvenientes produzidos pela interação humana do dia a dia.[18]

A produção e reprodução no sujeito das mais terríveis formas de *servidão*[19] revela a condição psicológica apta à legitimidade de um *judicialismo hiper-*

---

tem apenas 2% e mesma a televisão recebe apenas 34% da confiança da população". MAUS, Inceborg. Op. cit., p. 15.

17. Idem, p. 19. "Nessa via de escape da complexidade de uma sociedade em que valores objetivos estão sendo questionados, não há dificuldade em se reconhecer o modelo clássico da delegação do superego. O alívio da discussão e do processo nos processos sociais e políticos de formação do consenso, nos quais, em geral, somente seria possível fazer um julgamento sobre normas e representações axiológicas, é alcançado por meio da centralização da 'consciência' social no Judiciário". Idem, p. 18.

18. A par da questão envolvendo o *ativismo judicial* e suas implicações na diluição dos espaços públicos de consenso social fora do Judiciário, há ainda outros problemas ligados a denominada *juridicização*, cujo limite de espaço e tema sugere não avançar. Oportunamente, abordando o objeto por outra viés, aduz Hauke Brunkhorst: "As tormentas da globalização fizeram com que os mais importantes sistemas funcionais e as esferas de valores da sociedade fossem arrancados de suas amarras no Estado nacional e privados, em grande parte, do controle pela normalização democrática. A juridicização e a constitucionalização, simultaneamente iniciadas, embora tivessem conduzido a um acoplamento estrutural entre política internacional, direito internacional e economia internacional (constituição funcional) e transformado toda política em política interna mundial, até então não criou uma compensação pós-nacional para a ameaça constantemente crescente da condição de Estado de Direito. A juridicização favorece, antes, a estabilização e o aumento do poder hegemônico pós-democrático e o surgimento de novas formas do domínio transnacional de classes. A política interna mundial também é bifacial. Porém, juridicização e constitucionalização não se constituem somente nas mais novas roupas do mesmo imperador, que pode tirá-las a qualquer tempo e recorrer, a seu bel-prazer, ao mecanismo simbiótico da força". BRUNKHORST, Hauke, Constitucionalização sem democracia? In: MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 65.

19. BIRMAN, Joel. *Arquivos do mal-estar e da resistência*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 52.

bólico, pois o indivíduo, dependente da eleição de figuras e de instituições supostamente poderosas, precisa de algo capaz de protegê-los das diferentes modalidades de relações sociais.

Este é um aspecto que não pode ser silenciado, pois, em matéria penal, aqui surgirá o apelo por um Judiciário ativo, alçado à figura altíssima do grande protetor da sociedade em face da "guerra contra o crime". É nesse local que a competência constitucional da Segurança Pública pelo Executivo se dilui em prol de uma atuação positiva do Judiciário no Processo Penal contemporâneo (ativismo do Estado-Juiz, por ex., através da incursão do julgador em matéria probatória, deferimento de medidas cautelares de ofício, inclusive, com conteúdo restritivo à liberdade ou mesmo a utilização de fundamentação *eficientici-sta* com vistas ao aumento da rede de punitividade).

2.1 Constitucionalização do direito criminal: a redução de danos

A constitucionalização do direito criminal (entendido em sentido amplo) é um desdobramento inerente do neoconstitucionalismo e recomenda a construção de uma dogmática crítica de interdição e limitação ao exercício do poder punitivo.[20] Essa é principal razão pela qual a incorporação da função de gerir a Segurança Pública pelo Judiciário fragiliza a democracia, assentada que está, sob o aspecto criminal, na fragmentação do poder do Estado-Juiz.

Em outras palavras, a "resistência constitucional" concebida como o artifício de identificação e detecção do conflito entre princípios constitucionais e os valores de inspiração neoliberal[21] deve conduzir ao processo crítico de con-

20. A opinião do professor Luís Roberto Barroso, conquanto não esteja em absoluta convergência com a tese aqui defendida, deve ser salientada: "A constitucionalização do direito penal suscita um conjunto instigante e controvertido de ideias, a serem submetidas ao debate doutrinário e à consideração da jurisprudência. Boa parte do pensamento jurídico descrê das potencialidades das penas privativas de liberdade, que somente deveriam ser empregadas em hipóteses extremas, quando não houvesse meios alternativos eficazes para a proteção dos interesses constitucionalmente relevantes. Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica. A disciplina jurídica dada a determinada infração ou a pena aplicável não deve *ir além* nem tampouco *ficar aquém* do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão. No primeiro caso, haverá inconstitucionalidade por falta de razoabilidade ou proporcionalidade; no segundo, por omissão em atuar na forma reclamada pela Constituição". BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 2.

21. STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 296.

tenção da gestão social punitiva pelo direito penal, trazendo o Poder Judiciário para o seu único e legítimo lugar: a regulação das regras do jogo e a maximização das garantias fundamentais.

É preciso salientar, porém, que a constitucionalização do direito criminal como efeito do neoconstitucionalismo, autoriza a contenção, mas não legitima o abolicionismo. A utopia orientadora do abolicionismo não pode ser confundida com a *redução de danos*, voltada à restrição da violência gerada pelo sistema penal. Dessa forma, apesar dos limites intransponíveis, concordo com Salo de Carvalho[22] quando aduz que "a própria Constituição abre espaço para, no campo da política criminal e da atuação cotidiana dos atores do direito penal, a elaboração de práticas voltadas à redução de danos causados pelas violências do sistema penal". A consciência deste papel pelo Poder Judiciário é indispensável.

A Constituição da República abandona qualquer discurso legitimador da pena,[23] sendo certo que é construída essencialmente no sentido de estabelecer disciplina e limites ao exercício punitivo.[24] O Estado Democrático de Direito que brota do "coração da presença" constitucional, para usar das palavras de Lenio Streck,[25] impõe uma inversão da *baixa compreensão*, o que é vital para que possa vir à luz a "possibilidade de (re)construir o direito penal com a precípua finalidade de redução da violência do exercício do poder".[26]

---

22. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 134.

23. Interessante nota de Salo Carvalho dá conta de que a Constituição Brasileira não segue a linha de outros países como, por exemplo, Espanha e Itália. Lembra o autor que, "na Espanha, a Constituição pauta como função da pena a reeducação e a reinserção social, condicionando a limitação os direitos fundamentais do condenado àquela finalidade (art. 25, § 2.°, da Constituição Espanhola). A Constituição republicana da Itália, seguindo a mesma lógica, igualmente determina como função da punição a reeducação do condenado (art. 27 da Constituição Italiana)". Op. cit., p. 135. No Brasil, a ideia de ressocialização, fruto do movimento da nova defesa social, encontra-se presente na Lei de Execução Penal que, diga-se de passagem, é anterior à Constituição.

24. Assim o é, para citar apenas dois exemplos, o art. 5.°, XLVII, XVIX. Além destes, todas as previsões em que se pautam as garantias processuais também, ao seu turno, estabelecem o horizonte de limitação ao exercício do poder punitivo.

25. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 321.

26. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La rinascita del diritto penale liberale o la "croce rossa" giudiziaria. In GIANFORMAGGIO, Letizia. *Le ragioni del garantismo: discutendo com Luigi Ferrajoli.* Torino: Giappichelli, 1993. p. 391.

Reduzir dor e sofrimento é, portanto, a única finalidade legítima da sanção criminal, aqui entendida fora de qualquer teoria justificacionista que não seja o reconhecimento do seu puro caráter político. Neste contexto, "a pena, alheia a qualquer fundamentação jurídica e desapegada de qualquer fim nobre, retornaria ao campo da política, representando manifestação concreta de poder". [27]

Nessa perspectiva, o modelo fundado pelo neoconstitucionalismo em matéria criminal demanda do jurista e do Poder Judiciário resistir ao recurso maciço do encarceramento, pois, sabe-se que, em concreto, a este se acompanha de um Estado social mínimo e um Estado penal máximo.

Por isso, "a noção de Constituição enquanto detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária",[28] impõe situar o Direito numa posição "fora do sentido corrente e superficial e que, enquanto tais, não apresentam nenhum caráter problemático"[29] sobre a atuação das agências punitivas. Impõe, consequentemente, compreender como se programam as políticas de controle no bojo da transformação do Estado caritativo para um Estado de profilaxia punitiva.

O *sentimento constitucional*, fruto da consciência neoconstitucional, dessa forma, cumpre uma função contra-majoritária frente à histeria e o desejo punitivo. Para a construção de um Processo Penal democrático, constitucionalizado, este reconhecimento diz muito, afinal, o exercício do poder punitivo é a preocupação central de um modelo concebido como *limite* à sanção criminal. E é assim que a atuação jurisdicional democrática, cuja composição cênica reforça a condição do diálogo entre as partes, "retira" o discurso do juiz do palco até o momento da sentença.

Esta consideração muda a percepção com que se vê o papel do Judiciário no Processo Penal, local que falar de *ativismo judicial* é dizer o contrário de um juiz espectador e, neste sentido, resulta em sufocar a estratégia democrática de regular o poder punitivo e reduzir os danos provocados pelo desvio.

3. AS CONDIÇÕES PSICOLÓGICAS DO ATIVISMO NO PROCESSO PENAL: ARQUITETURA DO MEDO E A PROPAGAÇÃO DA MENSAGEM PUNITIVA

"Mas o receio de descontrole castra a vida em suas várias dimensões. O medo não se encontra realmente nunca consigo mesmo; o medo nunca é flagrado totalmente por seus temores – e isto é o que de mais aterrorizante se pode conceber" (Ricardo Timm de Sauza).

27. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 138.

28. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 164.

29. Idem, p. 293.

As transformações na estrutura do Estado (falência do Estado Liberal, esvaziamento do Estado Social e a instituição do Estado Penal) produziram desdobramentos diferentes na ordem social, demandando uma compreensão constitucional também distinta do papel que o Judiciário deve desempenhar num contexto neoconstitucional.

No âmbito criminal, o recurso maciço ao encarceramento acompanhou o desmantelamento do Estado providência, concebendo um modelo de Estado mínimo na esfera social e econômica[30] e um Estado Penal máximo, vigilante, responsável por manipular o medo e a insegurança para dar roupagem pós-moderna a antigas formas de restrição sobre a liberdade.[31]

O discurso do medo passa a ser o pano de fundo das intervenções urbanas que pretendem dar conta da conflitividade. Aliás, não é outra coisa que faz e sempre fizeram as ideologias autoritárias, notáveis que foram em sua "propensão a condensar o difuso, localizar o indefinível, transformar o incontrolável num alvo a seu alcance e, por assim dizer, à distância de uma bala".[32]

"A diminuição do poder político do Estado faz com que o desamparo provocado pela destruição das redes de proteção coletiva gere uma ansiedade difusa e dispersa que converge para a obsessão por segurança. (...) A incerteza é vendida como estilo de vida e o medo torna-se uma opção estética."[33]

---

30. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., p. 240. "Na visão dos neoliberais, o Estado de bem-estar tornou-se um mastodonte, e se por um lado é incapaz de cumprir suas promessas, por outro, mantém-se inexplicavelmente metido nas relações individuais, mormente no mercado, donde precisa sair de modo inadiável. É necessário, segundo os arautos desta visão economicista, desmontar esse Estado, rearranjando-o de forma tal que, na nova postura, seja um Estado mínimo. Para tanto, em um primeiro momento, trata-se de fazer o seu sucateamento".

31. KARAM, Maria Lúcia (org.). *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 2. Cf.. BAUMAN, Zygmunt, *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Claúdia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998. p. 58. "Os anos de desregulamentação e desmantelamento dos dispositivos de bem-estar foram também os anos de criminalidade ascendente, de força policial e população carcerária cada vez maiores. Foram também anos em que uma sorte cada vez mais sangrenta e espetacularmente cruel precisava ser reservada àqueles declarados criminosos, para corresponder aos aceleradamente crescentes medos e ansiedades, ao nervosismo e à incerteza, raiva e fúria da maioria silenciosa, ou não tão silenciosa, de consumidores ostensivamente bem-sucedidos. Quanto mais poderosos se tornavam os 'demônios interiores', mais insaciável se fazia o desejo daquela maioria de ver o 'crime punido' e a 'justiça distribuída'".

32. BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 22.

33. KARAM, Maria Lúcia.. Op. cit., p. 52.

A arquitetura do medo é a principal fonte legitimadora da emergência, na qual o risco que ameaça toma a forma de um inimigo que deve ser enfrentado de forma excepcional e urgente. A vigilância se torna uma obsessão, a segregação dos "grupos de risco" um imperativo[34] e as garantias fundamentais um obstáculo a ser superado.

Em todos os casos, o que se exige é uma resposta estatal sem que se questione a eficácia de tais reações meramente simbólicas: a opinião pública busca resultados rápidos, e a isso reagem os políticos, introduzindo medidas legislativas simbólicas e debilitando as garantias fundamentais. Efetivamente, se coloca em prática uma política criminal puramente demonstrativa, de estabilização social da necessidade de segurança através do aumento simbólico das penas e do endurecimento do regime penitenciário.[35] A funcionalidade com que atua no controle dos excluídos, aliado ao contentamento que traz para a classe média aflita, torna o discurso do Direito Penal simbólico atrativo e satisfatório.

"Há uma recepção quase que natural (Ramalho), como se fosse um objeto que pudesse ser consumido. Trata-se, ao que parece, de articulada cooptação, no melhor estilo nazista: Faz-se da sedução uma arte, brincando-se com objetos do desejo e dando-lhes uma dupla face: satisfazer (sempre parcialmente, porém) aos incluídos e entorpecer (até quando?) os excluídos".[36]

A facilidade com que a mensagem repressiva é propagada e sua inegável rentabilidade política cria o que Zaffaroni[37] certa vez denominou de "discurso único do novo autoritarismo". Desta forma, por todos esses meios pouco éticos ou diretamente criminosos, vende-se a ilusão de que se obterá mais segurança urbana contra o delito comum, sancionando leis que reprimam acima de qualquer medida os raros vulneráveis e marginalizados tomados individualmente, o que aumenta de sobremaneira a arbitrariedade policial, legitimando direta

34. Alessandro de Giorgi aponta como "as novas estratégias penais se caracterizam cada vez mais como dispositivos de gestão do risco e de repressão preventiva das populações consideradas portadoras deste risco. Não se trata de aprisionar criminosos perigosos individuais, isto é, de neutralizar fatores de risco individual, mas sim de gerir, ao nível de populações inteiras, uma carga de risco que não se pode (e, de resto, não se está interessado em) reduzir". *A miséria governada através do sistema penal.* Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006. p. 97.

35. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos y orden penal. *El derecho penal frente a la inseguridad global.* Albacete: Bomarzo, 2002. p. 96.

36. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., p. 242.

37. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Os inimigos no direito penal.* Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 73.

ou indiretamente todo gênero de violência inclusive contra quem contesta o discurso publicitário.[38] Aqui descansa o apelo pelo ativismo judicial na condução de uma política de Segurança Pública assentada na metáfora da "guerra contra o crime".[39]

De fato, é preciso dizer todos os dias desta vida, que o Direito Penal não é uma mensagem: "uma lei penal serve para punir, para reduzir direitos, para produzir dor e também para matar pessoas. Uma mensagem com alguns cadáveres é uma mensagem muito cara".[40]

A bem da verdade, o incessante retorno à lei penal como salvador da sociedade serve-se como uma aparente solução aos problemas sociais, deslocando para o plano simbólico – da declaração que tranquiliza a opinião pública – o que deveria se resolver no nível da instrumentalidade – proteção efetiva.[41]

Em outras palavras, eis aqui um grave problema do neoconstitucionalismo em matéria penal: o deslocamento para a Jurisdição Criminal da tarefa de criar soluções efetivas aos problemas sociais cuja responsabilidade é exclusiva do Poder Executivo, seja no cumprimento de condições básicas de democratização do *gozo*, seja a teor do que dispõe o art. 144, § 1.°, IV, da CF/1988, quanto à Segurança Pública.

A economia do controle social parece não poder prescindir do poder militar, policial e penitenciário e, por óbvio, do Estado-Juiz, pois só assim se pode gerir o medo e o alarme social que ela mesma criou.[42] Por isso, a resistência ao ativismo judicial em matéria criminal é tão dolorosa.

---

38. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Os inimigos no direito penal* cit., p. 75.

39. O problema se agrava na medida em que o clamor social punitivista, centrado na cultura do medo, tem tido o respaldo dos setores políticos de "esquerda" que, assumindo o tradicional discurso da "direita conservadora", muda o seu ideal – que outrora repudiava o exercício punitivo do poder-, para servir-se dele no seu próprio interesse. (Cf. KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 1, n. 1, p. 72-92).
A descoberta da rentabilidade do discurso da lei e ordem pela esquerda é muito prejudicial na medida em que suprime um importante foco de resistência contra a instituição de um "Direito Penal Máximo" atentatório aos direitos fundamentais e, naturalmente, crítica contra o agigantamento do Poder Judiciário nas funções repressivas de responsabilidade de outros órgãos.

40. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. In: KARAM, Maria Lúcia (org.). *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito* cit., p. 34.

41. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María *A expansão do direito penal*. Trad. Luis Otávio de Oliveira. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 23.

42. Assim, explica Pérez Cepeda: "La nueva economía del control social contribuye tanto a gestionar como a crear el miedo, la alarma social, fenómeno que en sí mismo supo-

4. METÁFORA DA "GUERRA" NA REALIDADE PERIFÉRICA E O JUIZ-SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA

"Cambia la parte interna del juez, ya que entonces se sobreponía imposible a la contienda; opuesto a los enemigos ocultos, se convierte en órgano militante. Nace una mística: descubre y elimina herejías o delitos, combate potencias maléficas en una cruzada cotidiana: es merito suyo que el mundo no termine devorado por el diablo; si fuera neutral, sería cómplice del infierno y los escrúpulos son cobardia" (Franco Cordero).

A defesa de um Judiciário ativo traz consigo a demanda por um julgador que vista a camisa do Secretário de Segurança Pública e que se coloque com uma postura ativa no ritual do julgamento, assim agindo em nome do eficientismo penal incorporado no discurso de "combate ao crime".[43]

A conjuntura política e social contemporânea modifica, portanto, o lugar do discurso do julgador, investindo-o em bastião de uma pseudoluta. Nasce uma *mística*, uma *cruzada cotidiana* conduzida pelo julgador, exatamente como descrito acima pelo professor Franco Cordero[44] quando se referia aos impulsos inscritos pela Inquisição.

A ideologia de "combate ao crime", acompanhada que vem da militarização das *clivagens urbanas*,[45] funcionaria assim como um substrato psicológico que legitimaria um ativismo judicial em "defesa da sociedade". Isto convoca o julgador a atuar primária e perigosamente contra os interesses de contenção ao exercício do poder, o que é feito, a bem da verdade, independente da origem social do outro (acusado).

---

ne control. En el nuevo proyecto de dominio no puede prescindir del poder militar, policial y penitenciario" PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Op. cit., p. 88.

43. A substituição da noção de causa-efeito pela de ação eficiente é, segundo Nelson Miranda Coutinho, uma das maiores marcas da *epistemologia neoliberal* (ao lado da satanização do excluído). É a partir daí que se confunde eficientismo com impunidade e se torna possível, dada a *deificação do mercado*, identificar o que Bauman veio a chamar de *consumidores falhos* (antifuncionais que são ao conceito de *homo economicus*). "Com efeito, Hayek não se contentou em sugerir um combate ao Estado de bem-estar e seus postulados. Foi além, mexendo na base, isto é, substituindo a noção de causa-efeito pela de *ação eficiente*. O câmbio, aqui, não é mero jogo retórico. Paulatinamente incorporado ao cotidiano projeta-se como um raio no fundamento ético da sociedade". Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op, cit., p. 240.

44. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Colombia: Temis, 2000. t. 2, p. 21.

45. WACQUANT, Loïc. Rumo à militarização da marginalização urbana. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade* 15/215.

"O dilema, contudo, é que um Direito Penal Máximo não exclui ninguém, transformando todos em delinquentes, sem embargo de que gente desse porte, pensa-se, em geral, intocável, inatingível, esquecendo poder ser vítima da mesma lógica perversa que faz questão de não humanizar o *outro*, mesmo ele, se for o caso, no seu próprio tempo."[46]

A par da advertência acima feita por Miranda Coutinho, certamente com razão, somos todos parte nas "veias abertas da América Latina" (para tomar emprestada a expressão de Eduardo Galeano) o que fixa um local de observação específico onde aprendemos a ver e sentir a atuação concreta do poder criminal.

Se estamos falando de dentro do Estado Brasileiro, onde a incapacidade de redistribuição do gozo acumulou diversas formas de fuga pela violência (do ato individual à resposta pelo poder penal) então convém identificar neste momento o "nosso estranho" ordinário.

Esta é a justificação pela qual neste ponto, sem embargo da genérica condição de agente da "guerra contra o crime" que se encontra o juiz, aquele que é impossível admirar em sua diferença será identificado em uma parcela da população e não em outra, cuja origem social, sendo a mesma do julgador, "facilita" (com todas as aspas do mundo) uma identificação positiva que favorece a experiência alteritária (ainda que frágil).

Trata-se do tratamento penal direcionado às camadas vulneráveis da população e que na nossa realidade assume feição muito mais grave, porque a institucionalização de um Estado Penal hipertrofiado pressupõe o declínio das providências sociais impulsionadas pelo Estado caritativo que, a rigor, nunca existiu em nossas terras.

A etapa pós-industrial da globalização na realidade periférica emerge em um ambiente desarticulado socialmente, em que a maioria da população, compondo um exército de miseráveis, assiste ao desaparecimento do Estado Social aliado à concentração do capital em empresas transnacionais oligopolizadas, cujo acúmulo de poder enfraquece os Estados nacionais e promove uma exclusão formal dos mecanismos de produção.

Parece indubitável que a globalização[47] da economia decorrente dos movimentos de capital e de mão-de-obra determinou a aparição de uma massa de

46. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., p. 248.

47. Muitos estudos apontam a globalização como um fator central na expansão do direito penal. Sob um ponto de vista, por exemplo, a globalização impulsionaria a expansão do Direito Penal, na medida em que, como um fenômeno econômico, jurídico e po-

sobproletariados que foram recrutados para compor a população carcerária, na exata medida em que identificados como produtores de risco, potencialmente desviantes e perigosos para a ordem constituída.[48] Isso permitiu uma grande jogada política: aumenta-se a distância entre incluídos e excluídos, nega-se aos segundos os meios para alcançar o *gozo* dos bens sociais e, se o fazem a revelia, são recebidos pelo sistema criminal que, por sinal, já o aguardava.

"E o poder político oferecerá sua habitual partilha de oportunidades para o curto-circuito dos pólos: para proteger sua própria emancipação através da sedução, os próximos do primeiro pólo procurarão o domínio pelo medo sobre os do segundo pólo, ajudando e favorecendo, assim, sua indústria suburbana de horrores."[49]

Ao caos socioeconômico promovido pelo neoliberalismo da periferia somam-se a introjeção dos valores individualistas, cujo apreço pela competição e

---

lítico, implicaria em uma integração supranacional, produtora de uma reivindicação punitiva aos delitos de abrangência internacional (o que conduziria à necessidade de se tutelar bens jurídicos coletivos). Neste sentido, a globalização imporia ao direito a necessidade de construir concretas respostas jurídico-penais às demandas supranacionais. Além disso, a globalização conduziria o Direito Penal à administrativização, caracterizando-o pela inclusão de novos tipos penais e pela transição definitiva do modelo em que se tutela a lesão contra bens individuais para o modelo de crime de perigo quanto aos bens coletivos. Ao se debruçar sobre a questão da expansão, Silva Sánchez faz uma brilhante abordagem daquilo que veio a chamar de velocidades do direito penal, o que, oportunamente, faz-se constar: A primeira velocidade seria aquela em que o ordenamento impõe penas privativas de liberdade e que, segundo o autor, deve procurar manter todos os postulados tradicionais da política criminal, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade se constituiria daquelas infrações que somente se impõem penas pecuniárias ou privativas de direitos, de forma que caberia flexibilizar os princípios fundamentais do direito penal. A ausência de penas "corporais" permitiria redimensionar o modelo de imputação. Segundo Silva Sánchez – e neste momento se pode perceber a sua crença na eficiência do direito penal – seria importante que a sanção sem pena de prisão continuasse a ser imposta por uma instância jurídica penal, eis que entende como positivo os elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-punitiva do Direito Penal. A configuração destas duas velocidades induziria necessariamente à conclusão do Direito Penal do Inimigo como expressão da terceira velocidade, na medida em que coexistiria a imposição das penas privativas da liberdade com a restrição de todos os postulados clássicos de imputação e, por conseguinte, das garantias fundamentais. (Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit.)

48. GIORGI, Alessandro de. Op. cit., p. 99.

49. BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 48.

pelo egoísmo segue os paradigmas do mercado. Como resultado, "a *deificação do mercado*, quando visa pelo eficienticismo, glorifica o consumidor (*homo economicus*, que substitui o *homo faber:* Assman), mas, naturalmente, toma o não consumidor (excluído) como um empecilho".[50]

Ao enfraquecer a rede de solidariedade social consolidam-se os sentimentos de incômodo, de medo e insegurança que emprestam credibilidade às formas *perversas* de controle.[51]

"Todo ello ha contribuido a crear un sentimiento de inseguridad de la clase garantizada y una política que se encarga exclusivamente del control de la población reducida a un rol precario del proceso productivo y sin ningún rol. Lo que provoca la paradoja de que la exclusión se eleva con el control del riesgo y que la seguridad de las garantías se reduzca. El resultado es que, en vez de aumentar la seguridad de pocos, crece la inseguridad de todos."[52]

A sensação social da insegurança somada às alterações ético-sociais (apreço pelo individualismo, competitividade, medo do outro etc.) produz uma instabilidade emocional da qual decorre uma perplexidade adicional no âmbito das relações humanas.[53] Tal sensação é estimulada pelos meios de comunicação que, atuando como agente difusor do medo[54] produz uma medida de insegurança que não corresponde ao nível de existência objetiva dos riscos.[55] E o que sobra? "Sobra o desamor de seu semelhante, em um mundo de *competição*", responderia Miranda Coutinho.[56]

---

50. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., p. 240.

51. KARAM, Maria Lúcia (org.). *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito* cit., p. 1. Ver também: WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003 e GIORGI, Alessandro de. Op. cit.

52. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *El paradigma de la seguridad en la globalización* cit., p. 87.

53. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 35.

54. SOUZA, Ricardo Timm de. *Em torno à diferença: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 37 "Todos os medos se refugiam no Medo. É como o pai acolhedor que perdoa os filhos de sua insensatez, condescendência absoluta que os devora e sublima no Espírito do Medo".

55. Na mesma linha do que aduz Silva Sánchez, Bauman descreve minuciosamente a paradoxal relação entre o aumento das taxas de encarceramento e a ampliação da sensação de insegurança. Prende-se mais e sente-se mais medo: "atualmente, 85% da população da Grã-Bretanha acham que, há 30 anos, era seguro caminhar pelas ruas à noite, mas 95% acham que, hoje em dia, não é seguro". BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 49.

56. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., p. 240.

Num ambiente afetado desta forma, pode-se esperar, portanto, que as pessoas "mais verão as outras como viscosas e mais freneticamente tentarão desprender-se dos estranhos que elas experimentam como uma envolvente, sufocante, absorvente e informe substância".[57]

A consequência é tornar a segurança uma cruzada a ser conduzida pelo Direito Penal, o que permite atuar sobre os grupos de risco na mesma medida em que possibilita ocultar os verdadeiros fatores de desestabilização.[58] Esta busca se expressará na ação punitiva contra as classes apontadas como perigosas, caso em que insurge uma pressão social atordoante, clamando por uma atitude aguerrida do juiz contra "o mau". Eis o que está por trás do *ativismo judicial* em matéria criminal: o discurso da luta contra *o mau*.

O que se nota da ordem social contemporânea, mormente na realidade periférica, é a consolidação de um regime liberal-paternalista,[59] em que o Estado Liberal clássico foi obrigado a se modificar para se conservar. E o fez mantendo os seus postulados em relação aos grupos sociais privilegiados, ao mesmo tempo em que se tornou profundamente paternalista e punitivo com a camada pobre da população que, atônita, só restou observar o recuo das proteções sociais (ou a sua transformação em típicos instrumentos de vigilância).

O que surgiu daí foi a formação política de um tipo novo de Estado, uma espécie de "Estado centauro", cabeça liberal sobre corpo autoritário, que aplica a doutrina do "laissez faire, laissez passer" ao se tratar das causas das desigualdades sociais, mas que se revela brutalmente paternalista e punitivo quando se trata de assumir as consequências".[60]

Löic Wacquant[61] resume a ideia em poucas palavras: "a "mão invisível" do mercado de trabalho precarizado encontra o seu complemento institucional

57. BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 40.

58. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., p. 246 "O Direito Penal, marcado pela epistemologia neoliberal, entrou, pela (des) razão de alguns, na *contramão da história*. Salta aos olhos, em um primeiro momento, que se tem confundido *eficientismo com impunidade*. Da mesma maneira – e por pura lógica – querem dar ao seu avesso, a mais dura resposta penal possível. É assim que se sataniza o *excluído*, sem se questionar *nada* (as razões que o levaram a tanto, como seria *primário*, em primeiro lugar), bastando estar o agente naquela situação. Isto é a negação emblemática da civilidade, conquistada, como se sabe, à custa de milhares de vidas. Resta saber, sobre esse *lapso de memória*, até quando será possível suportar".

59. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*... cit., p. 148.

60. Idem, p. 55.

61. Idem, p. 147.

no punho de ferro do Estado que se reorganiza de maneira a estrangular as desordens geradas pela difusão da insegurança social que ele mesmo promove". Consequentemente:

"As 'populações problemáticas', vale dizer, o *surplus* da força de trabalho determinado pela reestruturação capitalista pós-fordista, são geridas cada vez menos pelos instrumentos de regulação 'social' da pobreza e cada vez mais pelos dispositivos da repressão penal do desvio. Deriva daí aquela transição do Estado Social ao Estado Penal de que fala Loïc Wacquant, quando define a irresistível ascensão do Estado Penal americano como uma estratégia de criminalização da miséria funcional pela imposição da condição salarial precária e sub-remunerada, que se desenrola paralelamente à concomitante reformulação dos programas sociais no sentido punitivo." [62]

A política estatal de criminalização da marginalidade é essencial para situar como se programam as políticas de controle no bojo da transformação do Estado caritativo para um Estado de profilaxia punitiva. Afinal, a criminalização da pobreza e dos conflitos sociais desloca tudo o que é público para o penal. Para usar das palavras de Zygmunt Bauman[63] seria como dizer que "a preocupação de nossos dias com a pureza do deleite pós-moderno se expressa na tendência cada vez mais acentuada a incriminar seus problemas socialmente produzidos."

A ofensiva neoliberal na periferia traz consigo, portanto, não apenas a desregulamentação do mercado e a construção de um Estado penitência, mas também o apelo por um ativismo judicial em matéria criminal.

5. O ABISMO IDEOLÓGICO ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL: DO CUMPRIMENTO DAS PROMESSAS DA MODERNIDADE À CONTENÇÃO DA PROFILAXIA PUNITIVA

O sensível valor da liberdade é a razão do abismo que separa a forma com que se pensa o Poder Judiciário no Processo Civil e no Processo Penal.[64]

---

62. GIORGI, Alessandro de. Op. cit., p. 96.

63. BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 25.

64. A relação histórica e política entre o exercício do poder e a atuação estatal sobre a liberdade é, em última instância, o que impõe a constituição definitiva de uma *Teoria "Geral" do Processo Penal*. Quanto à gestão da prova pelo julgador, o paradigma chave no Processo Penal considera que, ao contrário do processo civil, não é o juiz quem reequilibra a desigualdade entre as partes. Aqui, a "assimetria" processual é

A tentativa de fazer coincidir as exigências modernas de um Processo Civil concebido como "*instrumento de justiça social* [65] (ativismo no cumprimento das promessas modernas do texto constitucional) não pode ser transplantado para o Processo Penal sem causar muitos problemas e ressuscitar muitos fantasmas. Toda a discussão a respeito do ativismo judicial, como desdobramento do neoconstitucionalismo, deve partir dessa premissa, onde a reflexão em torno do crescimento da importância do Judiciário no cumprimento da agenda política de outros Poderes ganha outros aspectos.

É preciso distinguir a postura assumida pelo Judiciário na contemporaneidade em duas dimensões: de um lado, a forma com que se deve compreender a atuação do julgador como guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais,[66] de outro o papel reservado ao juiz em um sistema processual penal democrático, concebido ele mesmo como *limite* ao poder punitivo.[67]

---

compensada pela construção de um padrão de prova mais exigente que o padrão relativo da "preponderância da prova" em matéria civil, repita-se, sem necessidade de comprometimento do juiz. Esta é mais uma razão pela qual nenhum processo penal democrático (seja de inspiração *adversarial* ou acusatória) pode prescindir do princípio do *in dubio pro reo*. A insistência americana no padrão "beyond a reasonable doubt" em matéria penal, conforme apontado por Antoine Garapon, tem, dessa forma, a mesma explicação em todos os Estados de Direito democráticos: a assimetria constitutiva entre os recursos financeiros e processuais da Acusação, por um lado, e aqueles manejados pelos acusados, por outro. GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis, *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 112.

65. TARUFFO, Michele, *El proceso civil adversarial en la experiência americana*. Bogotá: Temis, 2008. p. 252.

66. SARMENTO, Daniel. Op. cit,. p. 122.

67. Em outros termos, um sistema processual derivado do sistema político, onde o que passa a ser importante é a determinação de um conteúdo que identifique não apenas um modelo como acusatório ou inquisitivo, mas que faça frente à própria opção democrática e que, neste contexto, dê conta de limitar o exercício do poder punitivo estatal na difícil relação que estabelece com a vida humana. "Durante a maior parte do tempo a não implementação dos direitos fundamentais que constituem garantias processuais não foi no Brasil a resultante de uma disfunção política gerada pela inabilidade dos governantes e das elites cultas. Na realidade, sempre que parte desta mesma elite esteve às voltas com questões criminais, as regras de proteção das diversas cartas constitucionais atuaram de maneira satisfatória. O dado não funcional está em que historicamente estamos submetidos a uma espécie de esquizofrenia jurídica por meio da qual houve uma clara cisão entre dois grupos: de um lado, aqueles para os quais as regras constitucionais realmente valiam e continuam valendo; do outro, a imensa maioria, que sequer tem conhecimento do que seja direito fundamental e

Isto exige perceber uma aparente ambiguidade na atuação deste Poder: sob um primeiro aspecto, a missão *positiva* de dar conta do *sentimento constitucional* concretizando as "promessas da modernidade" impõe certa dose de *ativismo judicial*.[68] Um ativismo judicial moderado em matéria civil (efetivação dos direitos sociais) é importante para enfrentar o vazio entre as promessas de emancipação do texto constitucional e o padrão de vida da população, ainda que isso implique numa *perda do referencial clássico da separação dos Poderes da República*.[69]

Neste contexto, dar voz à força normativa da Constituição, não obstante as críticas que são dirigidas ao agigantamento do Poder Judiciário,[70] pode auxiliar no amadurecimento da democracia, obrigando o Estado a assumir "a tarefa de agir em favor do indivíduo e da sociedade contra as vicissitudes do destino (...) oferecendo prestações concretas que assegurem qualidade de vida para o futuro".[71] Observa-se, portanto, que a defesa de um Judiciário comprometido

---

não tem a menor ideia da sua relevância na manutenção de um pacto político da expressão da Constituição da República. O não valer as regras na prática, neste segundo caso, tem a ver com o fato de o poder central dispor de um instrumento eficiente de repressão das reivindicações de emancipação que o crescimento da sociedade brasileira tornou inevitável: o sistema penal". PRADO, Geraldo. *Processo penal e Estado de Direito no Brasil: considerações sobre a fidelidade do juiz à lei penal. Revista de Estudos Criminais*, n. 14, ano 4, p. 108.

68. Entender a diferença que há entre ativismo judicial em matéria civil ou penal é imprescindível, sob pena de se restringir os avanços perseguidos pela Constituição dirigente. A respeito da relação entre *ativismo*, "*tese da única resposta correta*" e *constitucionalismo dirigente*, assevera Fábio Corrêa Souza de Oliveira: "A tese da única resposta certa possui um impacto fulcral na atuação do Poder Judiciário ou da Corte Constitucional. O juiz deve presumir que há uma *única resposta certa* para todo caso levado ao seu conhecimento. Isto justifica ou impõe, por conseguinte, uma postura ativa do magistrado, um *Tribunal Constitucional Ativista*, um *Judiciário Ativista*, porque é seu dever investigar qual a resposta certa e atestar se ela foi acolhida ou respeitada". OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Op. cit., p. 156.

69. SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 119.

70. Idem, p. 133. "O Neoconstitucionalismo tem um foco muito centrado no Poder Judiciário, no qual deposita enormes expectativas no sentido de concretização dos ideais emancipatórios presentes nas constituições contemporâneas. Contudo, este viés judicialista sofre contestações pelo seu suposto caráter antidemocrático, na medida em que os juízes, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo".

71. NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Op. cit., p. 25. O Prof. Rogério Bento, neste ponto, refere-se às posturas emancipadoras do Estado Social que, de fato, são incorporadas pelo neoconstitucionalismo.

com os valores constitucionais, conquanto não descambe ao decisionismo, é algo legítimo e recomendável no atual cenário político e social.[72]

Sob outro ponto de vista, a desconfiança na bondade do poder punitivo demanda um instrumental jurídico que operacionalize a redução de danos, interdite a *pulsão destrutiva* do Estado-Juiz e freie o ímpeto narcisista do direito criminal, em sua arrogância de lidar com todos os problemas sociais. Isto impõe a necessidade de um "passivismo judicial" em relação ao papel reservado às agências punitivas submetidas ao Executivo (ou ao Ministério Público), com vistas a assegurar melhores condições subjetivas de julgamento.

É para dar conta deste último aspecto que coube ao Processo Penal interditar a atuação do "Juiz Justiceiro da Sociedade"[73] e, consequentemente, disciplinar o poder, contendo o exercício de uma expansão criminal desenfreada.[74]

O ativismo judicial em matéria criminal produz esta espécie de *Justiceiro*, o Juiz-Secretário de Segurança Pública, cuja *persona* pode ser identificada na junção entre duas descrições apontadas por Luis Gustavo Grandinetti,[75] o "Juiz Divino" e o "Juiz herói".

"O que está por detrás desse juiz divino e que repousa no mais profundo de sua consciência, explica-o Freud, é a tradição social, punitiva, de expiação da culpa, extravasando-se a violência imanente na sociedade, mas de uma forma institucionalizada (...) o juiz herói acredita piamente que sua função é proteger a sociedade, esquecendo-se que essa função não é sua. (...) o juiz herói superintende as investigações policiais e assessora o Ministério Público

72. STRECK, Lenio Luiz. Os obstáculos ao acesso à Justiça e a inefetividade da Constituição: passados vinte anos, (ainda) o necessário combate ao (velho) positivismo. *Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*, n. 10, ano 10, p 164. Na visão de Lenio Streck, com as facetas ordenadoras do Estado Liberal de Direito e promovedora do Estado Social o direito passa a ser transformador, vez que os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade. É do sentido da Constituição, segundo a hermenêutica jurídica e filosófica, que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema e, embora a *tradição* nos conduza a vários sentidos de Constituição, para Lenio Streck, temos à disposição a noção de Constituição enquanto detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária.

73. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Quem é o juiz que aplica a pena? In: BAEZ, Narciso Leandro; BARRETO, Vicente (orgs.). *Direitos humanos em evolução*. Joaçaba: Uniesc, 2007. p. 17.

74. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús- Maria. Op. cit., p. 114-157.

75. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Op. cit., p. 15.

na sua atuação processual, seja antecipando sua convicção, seja orientando os requerimentos que serão deferidos, bem como suprindo-lhe eventuais omissões. Como o juiz onipotente, o herói também antecipa-se ao poder dispositivo das partes no campo probatório e produz provas de ofício. Decreta medidas restritivas não previstas em lei, tudo para salvaguardar a sociedade. No afã de proteger a sociedade, dá-se conta que todo herói precisa de um vilão e o elege na figura do réu, já acusado de um pecado e candidato natural a tornar-se o vilão da drama".

Quando se defende um Judiciário atuante na afirmação das chamadas "promessas incumpridas da modernidade",[76] é basicamente aos direitos sociais que o discurso se dirige.[77] A crítica ao abstenseísmo como um paradigma liberal que esvazia a essência social do Estado deve ser fortalecida e levada a sério,[78] mas não pode ser trazida para o Processo Penal sem subverter a sua especificidade ideológica (contenção do poder repressivo em matéria criminal).[79] Afinal,

---

76. Para o direito criminal, isto deve significar, sem retoques, compreender a seguinte conclusão a que chega Miranda Coutinho: "Os operadores do direito, pelo particular *status* que detêm, precisam estar conscientes das armadilhas discursivas oferecidas pela *nova ordem mundial*, globalizada, neoliberal e eficientista, tendo o *dever* de a ela resistir em tudo aquilo em que sonegue – ou tente sonegar – as conquistas democráticas galgadas pela modernidade (o Processo Penal, em particular) e em larga escala ainda não cumpridas, mormente lutando pela efetivação dos direitos e garantias constitucionais e na busca de uma democracia material". COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao "verdade, dúvida e certeza", de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. *Revista de Estudos Criminais*, n. 14, ano 4, p. 94.

77. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador:* contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. No Brasil, faço constar, dentre outros, o importante trabalho de OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Op. cit.

78. STRECK, Lenio Luiz. *Os obstáculos ao acesso à Justiça e a inefetividade...* cit., p. 157. Lenio Streck indica que as facetas ordenadoras do Estado Liberal de Direito e promovedora do Estado Social possibilitou a insurgência de um Estado Democrático de Direito agregador de um *plus* normativo e qualitativo: com o giro hermenêutico, o direito passa a ser transformador, vez que os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade. É do sentido da Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema e, embora a *tradição* nos conduza a vários sentidos de Constituição, para Lenio Streck, temos à disposição a noção de Constituição enquanto detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária. Esta compreensão supera o paradigma abstenseísta e é "relevante para países como o Brasil em que o *welfare state* não passou de um simulacro (*modernidade tardia*)" STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 157.

79. A este respeito, assevera Luis Gustavo Grandinetti: "Aquelas boas características do juiz Hércules, de ativismo, de concretização dos direitos, de efetividade, se voltam

"o povo, para poder buscar a democracia – eis a raiz do liberalismo – deixa como inalienável ao indivíduo a sua liberdade; e o Estado não só nela não pode penetrar indevidamente como, por outro lado, é seu principal garante".[80]

"Acrescenta-se, de outro lado, que o *senso comum teórico dos juristas* pretende uma adequação do processo às finalidades do *Estado* do *Bem-Estar Social* (...). A proposta está baseada nas modificações do *Estado Liberal* rumo ao *Estado Social*, mas vinculada a uma posição especial do juiz no contexto democrático, dando-lhe poderes sobre-humanos, na linha de realização dos 'escopos processuais', com forte influência da superada *Filosofia da Consciência*, deslizando no *Imaginário* e facilitando o surgimento de Juízes Justiceiros da Sociedade. (...). Advirta-se, por fim, que a atuação do juiz, no procedimento, não pode ser a de realizar os anseios sociais, devendo se postar de maneira imparcial, garantindo o equilíbrio contraditório, ou seja, a verdadeira democracia processual."[81]

Se o Processo Civil encontra-se interessado em criar modelos de satisfação aos anseios da contemporaneidade (principalmente, as demandas supraindividuais), o Processo Penal está mais preocupado com a expansão da profilaxia punitiva e a consequente redução das garantias processuais, comumente concebidas como entrave à eficiência punitiva. Assim, fica clara a enorme diferença entre o papel que deve ser desempenhado pelo Poder Judiciário no Processo Civil e no Processo Penal no contexto do chamado neoconstitucionalismo.

O ativismo judicial em matéria criminal é absolutamente prejudicial à tutela dos direitos fundamentais por várias razões. Ao transformar o Estado-Juiz em líder de uma suposta "guerra contra o crime", o apelo pelo ativismo desloca o local constitucionalmente demarcado para o discurso do julgador, pos-

---

todas contra o acusado. Não compreende que entre a jurisdição cível e a penal existe uma enorme distância, ocupada pela ideologia que preside este último e que conforma a estrutura e o funcionamento do direito penal e processual penal. O heroísmo do juiz tenderá a ocupar esse espaço com autoritarismo porque já formou previamente o seu convencimento e já escolheu o vilão do drama que encenará". CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Op. cit., p. 18.

80. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao "verdade, dúvida e certeza"... cit., p. 90.

81. ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Para um processo penal democrático. Crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 79-80. Tudo isto sem esquecer que "o *um-julgador* esteja informado por fatores externos, condicionantes ideológicos, criminológicos, midiáticos, inconsciente, enfim, subjetivos que sempre são coprodutores da decisão, mesmo que obliterados retoricamente". Idem. p. 81.

sibilitando um espaço de atuação abusiva ao poder, ao mesmo tempo em que fragiliza o regime das garantias constitucionais, em especial a imparcialidade.

O ativismo judicial se materializa no Processo Penal através da incorporação pelo Estado-Juiz da função executiva de exercer a Segurança Pública (ou a função institucional do Ministério Público),[82] o que retira julgador de sua principal missão no processo, qual seja a tutela das regras do jogo, concebidas como *entrave à turba sedenta pelo gozo sádico*.[83]

6. CONCLUSÃO

As transformações na estrutura do Estado Liberal, para incorporar as contingências de justiça social e consolidar um efetivo Estado democrático de Direito repercutiram severamente na forma com que os poderes da república devem exercer a sua missão constitucional. Isso colocou em evidência o papel do Poder Judiciário e a contribuição que poderia dar num contexto comunitário de fragilização da democratização do *gozo*.

Ocorre que a constitucionalização do direito, desdobramento da insurgência do neoconstitucionalismo na realidade periférica, produziu exigências distintas de atuação do Judiciário no cenário político e social, a resguardar todas as dimensões dos direitos fundamentais: para dar conta das promessas incumpridas da modernidade, uma atuação positiva de efetivação, para respeitar o regime das liberdades públicas, uma exigência de contenção e limite ao exercício do poder penal sobre a vida.

Este é um esclarecimento importante, porque coloca em simbiose dois mandamentos que, a rigor, se somam: ativismo moderado do Judiciário em prol dos direitos sociais inscritos na Constituição; passivismo radical do Judiciário em prestígio às garantias fundamentais de contenção ao poder punitivo.

A dicotomia na forma com que a postura do Estado-Juiz deve ser compreendida no ambiente do neoconstitucionalismo responde à especificidade ideológica própria do direito criminal. Por isso, a crítica ao paradigma abstenseísta do Estado, responsável por esvaziar a essência social do direito, não se

82. Quando se fala, portanto, em ativismo judicial em matéria criminal, estar-se-á salientando por ex: o abuso das prisões cautelares com justificativa na ordem pública; deferimento de medidas restritivas a direitos fundamentais de ofício; iniciativa probatória do julgador com fundamento no discurso "contra a impunidade"; indeferimento de requisições defensivas sob o artifício discursivo da "celeridade processual", entre muitos outros casos correntes.

83. ROSA, Alexandre de Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. Op. cit., p. 87.

confunde com a resistência liberal clássica de regulação do Poder penal sobre a liberdade.

A imposição, portanto, de um Judiciário ativo na perseguição dos ideais de justiça não pode ser transferido para o direito criminal sem transformar o Juiz em Secretário de Segurança Pública, fraturando muitas garantias. O *sentimento constitucional* sintonizado com o neoconstitucionalismo na realidade periférica produz ao fim, e ao cabo, esse destino: lidar com a violência em todas as esferas, da concretização das promessas modernas de dignidade à interdição do *populismo punitivo* que alarga o espaço de arbitrariedade do Poder e cuja consequência é consumir o próprio homem e com ele o regime das garantias fundamentais.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: [http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito]. Acesso em: 29.06.2011.

BAUMAN, Zygmunt, *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BAYÓN, Juan Carlos. Democracia y derechos: problemas del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel e outro (orgs.). *El Canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.

BIRMAN, Joel. *Arquivos do mal-estar e da resistência*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

_____. *Mal-estar na atualidade. A psicanálise e as novas formas de subjetivação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

BRUNKHORST, Hauke. Constitucionalização sem democracia? In: MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador:* contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Quem é o juiz que aplica a pena? In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (orgs.). *Direitos humanos em evolução*. Joaçaba: Unoesc, 2007.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Colombia: Temis, 2000. t. II.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao "verdade, dúvida e certeza", de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. *Revista de Estudos Criminais*. n. 14. p. 94. ano 4. Porto Alegre: PUCRS, abr.-jun. 2004.

_____. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. n. 9-10. ano 5. p. 243. Rio de Janeiro: Relume Dumará/ICC, 2000.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho e razón*. Madri: Trotta, 2009.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis, *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. n. 1. ano 1. p. 72-92. Rio de Janeiro: Relume Dumará/ICC, 1996.

_____. *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAUS, Inceborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Trad. Geraldo de Carvalho; Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Lealdade processual: elemento da garantia de ampla defesa em um processo penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos y orden penal. *El derecho penal frente a la inseguridad global*. Albacete: Bomarzo, 2002.

PRADO, Geraldo. Processo penal e estado de direito no Brasil: considerações sobre a fidelidade do juiz à lei penal. *Revista de Estudos Criminais*. vol. 4. n. 14. p. 95-112. Porto Alegre: PUCRS, abr.-jun. 2004.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Para um processo penal democrático. Crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María *A expansão do direito penal*. Trad. Luis Otávio de Oliveira. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Em torno à diferença: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Os obstáculos ao acesso à Justiça e a inefetividade da constituição: passados vinte anos, (ainda) o necessário combate ao (velho) positivismo.

Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. ano 10. n. 10. p 164. 2007. Disponível em: [www.estacio.br/mestrado/docs/artigo_lenio.pdf]. Acesso em: 30.05.2012.

TARUFFO, Michele. *El proceso civil adversarial en la experiência americana.* Bogotá: Temis, 2008.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.* Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. Rumo à militarização da marginalização urbana. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade.* n. 15. p. 215. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La rinascita del diritto penale liberale o la "croce rossa" giudiziaria. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. *Le ragioni del garantismo: discutendo com Luigi Ferrajoli.* Torino: Giappichelli, 1993.

_____. *Os inimigos no direito penal.* Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Mandados implícitos de criminalização: da relação entre Constituição e direito penal a um inconstitucional exercício de ativismo judicial, de Renato Stanziola Vieira - *RCP* 15/419;
- O ativismo judicial, de Adauto Suannes - *RBCCrim* 27/339; e
- O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz, de Artur César de Souza - *RT* 868/429.

60323

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PREVENÇÃO DE CRIMES

2

Breve abordagem sobre a legitimidade do *Parquet* na promoção de políticas públicas que visem reduzir a prática de delitos

The role of the Public Ministry in crime prevention, a brief analyis on the legitimacy of the prosecutors in the promotion of public policies intended to reduce crime

SHEILLA MARIA DA GRAÇA COITINHO DAS NEVES

Mestre em Direito Público pela UFBA. Especialista em Processo Civil e Penal pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade do Estado da Bahia. Professora convidada do Curso de Especialização em Ciências Criminais da UFBA e do Programa de Capacitação e Educação em Direitos Humanos da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Bahia. Ex-Professora de Direito Penal da Faculdade 2 de Julho. Procuradora de Justiça do Ministério Público da Bahia.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: As leis penais não vêm se mostrando eficientes para a contenção da criminalidade, surgem, portanto, novas formas de prevenção, que agem na gênese do conflito, e destinam-se a evitar a prática de ilícitos criminais. Nessa esteira, a pesquisa acolhe os fundamentos da Nova Prevenção, hipótese teórica introduzida no início da década de 1990, na *Revista Sicu-*

ABSTRACT: Criminal laws have not proved effective to repress crime, therefore new ways to prevent it have been developed, operating in the genesis of the conflict and intended to prevent criminal acts from happening. In this fashion this paper welcomes the research foundations of the New Prevention, a theoretical hypothesis introduced on the *Sicurezza e*

rezza e Território, dirigida por Massimo Pavarini e retomada por Theodomiro Dias Neto, calcada na transversalidade das políticas públicas para a prevenção da criminalidade. O Ministério Público, como agente transformador da sociedade, está, assim, legitimado para a promoção de políticas públicas, através da indução, fiscalização e parceria com a sociedade civil e o Poder Público, num trabalho de fortalecimento do controle social informal, como preconizam os teóricos do controle, a exemplo de T. Hirschi. Trata-se de um movimento legítimo, porque fundamentado em bases empíricas, cuja atribuição foi outorgada pela Constituição Federal ao *Parquet*.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público - Prevenção de crimes - Segurança pública - Promoção de políticas públicas.

Território Magazine in the early 1990s. It was run by Massimo Pavarini and retaken by Theodomiro Dias Neto based on the mainstreaming of public policies for crime prevention. The Public Ministry, as a transforming agent in society, is therefore legitimate to promote public policies through induction, supervision and a partnership with civil society and the government in an effort to strengthen informal social control, as advocated by control theorists such as T. Hirschi. This is a legitimate movement since it was based on empirical grounds whose attribution was granted by the Constitution to the prosecutors.

KEYWORDS: Public Ministry - Crime prevention - Public security - Promotion of public policies.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O Ministério Público brasileiro e sua formação institucional: 2.1 Origem da Instituição e evolução legislativa; 2.2 A Constituição de 1988: o nascedouro de um novo Ministério Público - 3. A prevenção da criminalidade: desafio da sociedade contemporânea: 3.1 Tipos de prevenção: primária, secundária e terciária; 3.2 A Nova Prevenção: um caminho a ser seguido - 4. O Ministério Público como agente indutor, parceiro e fiscalizador de uma política criminal preventiva: 4.1 O panorama tradicional das atribuições ministeriais na esfera criminal e a mudança de paradigma; 4.2 O Ministério Público e a Nova Prevenção de Crimes: formas de atuação - 5. Conclusão - 6. Referências.

"Pergunta-se o que é mais satisfatório para a vítima do delito, a sanção penal imposta a seu ofensor ou a não ocorrência do delito em si e de sua consequente vitimização.
É evidente que uma pessoa minimamente razoável preferirá não ser vítima de crime a 'se deliciar', com a vingança que a pena inexoravelmente constitui. Assim, falar em prevenção criminal é visar à redução da criminalidade de maneira empírica e praticamente efetiva, mediante uma política adequada"
(Ana Paula Zomer Sica. Prevenção Criminal. Análise de Políticas Extrapenais).

1. INTRODUÇÃO

O Ministério Público foi dotado,[1] pela Constituição Federal de 1988, de importante e destacado papel político na construção do novo perfil de Estado

1. Trabalho apresentado para a conclusão de Curso de Especialização em Ciência Criminais da Universidade do Estado da Bahia e do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento

Democrático de Direito estabelecido no País. Conferiu-lhe a Carta Magna o poder indeclinável de zelar pela realização de seus preceitos, fornecendo-lhe os mecanismos necessários à proteção e à efetivação dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

A Lei 7.347/1985 ainda antes da Constituição em vigor havia conferido ao *Parquet* a legitimidade para o ingresso da ação civil pública, mas foi efetivamente com a Carta Política que a Instituição se afirmou como legítima guardiã dos interesses difusos e coletivos. Formou-se um novo Ministério Público que, na área cível, vem atuando com forte repercussão na mídia, em face do ingresso de reiteradas ações civis públicas, relativas a atos de improbidade administrativa, agressões ao meio ambiente, desrespeito aos direitos do consumidor, infância e juventude, patrimônio público etc., ações essas resultantes de alentados inquéritos civis que são elaborados pela própria Instituição.

Na esfera criminal, foi erigido ao exercício privativo da ação penal pública, o que repercutiu em enorme avanço. Considerando-se, então, que as atribuições do Ministério Público, na área penal, são de extrema importância, já que a proliferação de crimes é um dos principais problemas brasileiros, questiona-se: além das funções repressivas que lhe são atinentes, consubstanciadas no processamento e investigação[2] de ilícitos criminais, confere a lei ao *Parquet* o poder/dever de realizar outras tarefas que visem prevenir a prática de crimes? Como se realiza a legítima intervenção ministerial na prevenção de delitos?

Pensa-se que o arsenal de atribuições concedido pela Carta Magna ao *Parquet* não restringe sua atuação ao simples trato investigativo e processual do crime que já foi praticado. Ao contrário, inspira a perceber que a participação do Ministério Público é ampla e abarca todos os temas ligados ao crime. Assim, a prevenção do delito surge, nessa perspectiva, como uma importante atribuição a justificar sua intervenção judicial e extrajudicial na promoção de políticas públicas necessárias à consecução do mister, tema ao qual se dedica o presente estudo.

O método de pesquisa aqui utilizado foi o analítico-dedutivo. Procedeu-se ao exame da legislação brasileira atinente às atribuições ministeriais, anotando-se as conclusões em favor da possibilidade e dever do Ministério Público

---

Funcional do Ministério Público, sob a orientação do Prof. Riccardo Cappi, criminólogo e Mestre pela Universidade Católica de Louvain.

2. Adota-se aqui a posição de que o Ministério Público está legalmente autorizado a conduzir investigação direta no campo criminal, inexistindo exclusividade da Polícia para o múnus.

atuar na prevenção do crime. Examinaram-se ainda os tipos de prevenção, fundados na criminologia contemporânea, as quais conferem legitimidade à atuação *Parquet* na esfera preventiva de delitos.

Para o intento, foram realizadas consultas a regramentos nacionais, publicações diversas, tais como livros, revistas, jornais, sites, artigos e outras publicações.

Com esses meios, o presente estudo analisou, no segundo item, dados históricos sobre a origem e formação institucional do Ministério Público, procedendo-se ao exame dos dispositivos da Constituição Federal e legislação infraconstitucional que regulam a Instituição, e identificando-se aqueles que a habilitam à tarefa preventiva de delitos.

Prosseguiu-se, no item três, com a análise da prevenção criminal sob a ótica da criminologia contemporânea. Para tanto, foram examinados alguns tipos de prevenção (primária, secundária e terciária) e da nova prevenção, hipótese teórica introduzida no início da década de 90, através da *Revista Sicurezza e Território*, dirigida por Massimo Pavarini, e retomada por Theodomiro Dias Neto.

No item quarto, foram abordadas as possíveis atribuições do Ministério Público como agente indutor, parceiro e fiscalizador na adoção de uma política criminal preventiva de crimes. Em seu subitem primeiro, ressalta-se a mudança de paradigma no enfoque das atribuições ministeriais da repressão para a prevenção e, no subitem segundo, vislumbra-se o início desta conscientização, por parte do *Parquet*, mencionando-se a implantação de práticas já existentes e sugestões de novas atuações.

Assim, lança-se nas próximas linhas, o resultado de um estudo que permitiu expor algumas reflexões a respeito da legalidade e legitimidade da participação do *Parquet* brasileiro no processo social preventivo de crimes.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO E SUA FORMAÇÃO INSTITUCIONAL

A compreensão do papel do Ministério Público[3] brasileiro na sociedade hodierna, em especial na sua possibilidade de atuação na prevenção da crimi-

3. O substantivo "ministério" deriva do latim *ministerium, minister*, e significa "ofício de servo, função servil ou somente ofício, mister, cuidado, ocupação ou trabalho". Outrossim, o adjetivo que o acompanha, ou seja, "público", quando analisado sob o aspecto subjetivo denota a ideia de "instituição estatal"; já no sentido objetivo, pode ser entendido como "interesse geral ou social" (GARCIA, Emerson. *O Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 6). Conforme Gabriel de Rezende Filho, a origem da expressão estaria associada à

nalidade, demanda, de início, um breve levantamento das razões históricas que o fizeram surgir, em nível internacional, na sua atual configuração. Não se pode perder de vista que a história do *Parquet* está diretamente relacionada com a evolução do Estado Moderno. Assim, exige-se, na contemporaneidade, uma atuação compatível da Instituição brasileira com o grau de evolução do atual Estado Democrático de Direito instaurado no País com a Constituição de 1988, que privilegia os direitos sociais.

2.1 Origem da Instituição e evolução legislativa

Os dados históricos que registram a origem do Ministério Público são bastante controvertidos. Segundo alguns historiadores, seu embrião estaria no Egito, há 4.000 anos. Na dicção de Vellani, havia o "Magiaí", funcionário real do Faraó, considerado "a língua e os olhos do Rei", o qual atuava "castigando os criminosos, reprimindo os violentos e protegendo os cidadãos pacíficos". Também acolhia os pedidos do homem justo, atuando como um verdadeiro "pai do órfão" e "marido da viúva".[4]

Nas funções supramencionadas, observa Jatahy, com propriedade, que, ainda de forma remota, são vislumbradas, nesse funcionário real, algumas atribuições que hoje são deferidas ao Ministério Público, como a persecução penal e a proteção dos órfãos e da família.[5]

Cabral Neto, de outro vértice, afirma que os antecedentes remotos do Ministério Público se encontram no direito romano, com os procuradores e *rationales caesaria* do tempo de Adriano, embora certifique que é no direito francês que está consagrado o seu verdadeiro berço, quando seus membros assumiram a função de advogados e procuradores do Rei, cujas atividades eram de representação dos interesses dos soberanos e, com o passar dos anos, transformaram-se em agentes do poder público nos Tribunais. Refere-se que "a ordenança

terminação "ter, de *minister*, que indica comparação ou gradação". Ao proceder uma comparação com *magister*, que é uma derivação do comparativo de superioridade latino *magis quam* (maior que) e significa "o maior, o líder, o guia", do qual deriva o vocábulo magistrado, *minister* significaria, em oposição, "o menor, o que serve alguém ou o servidor de alguma causa: ministros do rei, ministros da fé etc." (REZENDE FILHO, Gabriel de. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. vol. 1, p. 78).

4. VELLANI apud JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de princípios institucionais do Ministério Público*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1.

5. JATAHY, Carlos Roberto de Castro. Op. cit., p. 1.

de 25 de março de 1303 de Felipe IV foi o primeiro texto legislativo a tratar das atividades do procurador do rei".[6]

Deve-se a Felipe IV, conhecido como "Felipe, o Belo", portanto, a criação de um corpo de funcionários a quem competia a tutela dos interesses do Estado, separados da pessoa e dos bens do rei. Mas foi com os fins de fiscalizar de perto as atividades dos magistrados, que o rei lhes outorgou as mesmas prerrogativas, vedando-lhes o patrocínio de causas diversas.[7]

Todavia, a definição de Ministério Público, como instituição, nos moldes atuais, somente ocorreu, nesse país, após a Revolução Francesa de 1789, com a Codificação patrocinada por Napoleão.[8]

Observa-se, assim, que o Ministério Público nasceu para dar sustentáculo aos interesses dos monarcas, mas lenta e progressivamente foi abandonando suas atribuições de origem para transformar-se em sustentáculo do regime democrático, passando a integrar quase todas as legislações europeias.

No Brasil, as raízes do Ministério Público remontam ao direito português. Assim, existem referências sobre a Instituição nas Ordenações Manuelinas, mais precisamente no Alvará de 07.03.1609, que criou o Tribunal da Relação da Bahia. Fazia alusão aos "Procuradores da Coroa Soberana, Fazenda e Fisco", com a mesma formatação do direito francês, que foi importado pelo direito português.[9]

Na Constituição de 1824, fora referenciado como o "Promotor da Coroa e da Soberania Nacional". Já a Constituição de 24.02.1891, consubstanciou a figura do Procurador Geral da República, em seu art. 58, § 2.º, o qual seria

---

6. CABRAL NETO apud TARIN, Denise. A aliança entre o Ministério Público e a sociedade civil na definição de políticas públicas. In: VILLELA, Patrícia (org.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 57.

7. JATAHY, Carlos Roberto de Castro. Op. cit., p. 5.

8. O vocábulo *Parquet*, de origem francesa, hoje adotado como sinônimo de Ministério Público que, no uso comum indica o "ajuntamento de tábuas que formam o chão de certos cômodos de uma habitação" ou mesmo o "ajuntamento de chapas que integram uma plataforma ou constituem o chão de um compartimento de um navio", foi transportada aos membros do Ministério Público por postularem aos juízes de pé, sobre o assoalho, formando-se a distinção entre a "magistratura de pé" e a "magistratura sentada". Registra-se que os representantes do *Parquet* não se dirigiam aos juízes do chão, mas de cima do mesmo estrado em que eram colocadas as cadeiras dos magistrados, o que demonstra haver, desde esse período, na França, independência e prestígio desses membros em relação aos juízes (GARCIA, Emerson. Op. cit., p. 7).

9. TARIN, Denise. Op. cit., p. 57.

nomeado pelo Presidente da República entre os ministros do STF, cujas atribuições seriam definidas em lei.[10]

A Carta Magna de 16.07.1934 conferiu individualidade própria ao Ministério Público, tendo-o inserido no Capítulo (IV) dos "órgãos de cooperação nas atividades governamentais", em seus arts. 95 a 98. Previu a existência dos Ministérios Públicos na União, Estados, Distrito Federal e Territórios, que deveriam ser organizados através de lei. Dispôs ainda sobre a estabilidade e as vedações incidentes sobre os membros do Ministério Público, determinando a necessidade de prévia aprovação em concurso público para o ingresso na carreira.

A Constituição de 1937, por sua vez, que foi editada sob a Ditadura Vargas, gerou grave retrocesso, pois não dispensou tratamento específico ao Ministério Público. Com a Carta de 1946, o Ministério Público retornou, através dos arts. 125 a 128, ao texto constitucional, quando foi prevista a organização da Instituição tanto no âmbito federal como no estadual e sua atuação nas Justiças Comum, Militar, Eleitoral e do Trabalho. Ademais, foi assegurado aos seus membros estabilidade e inamovibilidade, e a representação da União aos Procuradores da República.

A Constituição de 24.01.1967 dispôs sobre o Ministério Público na seção IX, do Capítulo VIII, do Título I, inserido no âmbito do Poder Judiciário, sendo este um elemento de evolução na conquista de sua independência e autonomia, saindo, portanto, da esfera do Poder Executivo. Assim, conquistou garantias e prerrogativas para o pleno exercício das funções institucionais, as quais estão estabelecidas em seus arts. 137 e 139.

A EC 1/1969 disciplinou o Ministério Público em seus arts. 94 a 96, tendo incluído a Instituição, mais uma vez, no capítulo do Poder Executivo. Com a EC 7/1977, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 96, ocorreu a previsão da edição de Lei Complementar de iniciativa do Presidente da República, estabelecendo normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Nesse esteio, a LC 40, de 14.12.1981, veio a constituir a primeira legislação que organizou os Ministérios Públicos estaduais em nível nacional. Observa-se que, antes, a Instituição era regida pelas respectivas leis locais.

A partir do ano de 1984, passava a se cristalizar uma ideia nacional, no seio do Ministério Público, de que para atingir os ideais preconizados num Estado Democrático de Direito, a instituição deveria possuir uma verdadeira "consciência social". Nessa esteira, verificou-se que a atuação desinteressada e

10. JATAHY, Carlos Roberto de Castro. Op. cit., p. 10.

dinâmica da Instituição poderia trazer importantes benefícios sociais à comunidade. Para alcançar esse mister, o Ministério Público necessitava de estrutura e princípios definidos que norteassem a sua atuação na verdadeira função institucional que se perfaz "na defesa dos direitos e interesses indisponíveis da sociedade".[11]

Consolida-se, assim, no Primeiro Encontro Nacional de Procuradores e Promotores de Justiça, realizado em junho de 1986, na capital do Paraná, a ideia da vocação social do Ministério Público. Foi elaborada, nesse encontro, uma proposta concernente à disciplina da Instituição que revelava suas principais aspirações, que foi batizada de "Carta de Curitiba", tendo sido, em linhas gerais, recepcionada pelo Constituinte originário de 1988.[12]

2.2 A Constituição de 1988: o nascedouro de um novo Ministério Público

A Carta de 1988 inseriu o Ministério Público no Capítulo VI ("Das Funções Essenciais à Justiça"), que integra o Título IV ("Da Organização dos Poderes"). Com isso, diluiu os estreitos vínculos que existiam entre o Poder Executivo e o Ministério Público, tendo vedado a sua representatividade judicial e assegurado-lhe a autonomia administrativa e financeira. Garantiu, ainda, a independência funcional dos seus membros, e lhes conferiu garantias idênticas às outorgadas aos magistrados, tornando o Ministério Público, efetivamente, uma instituição independente.[13]

Ademais, a Constituição vigente estabeleceu funções específicas que estão consubstanciadas em seu art. 129. Através de seu inc. I, a Instituição recebeu do Constituinte a atribuição privativa para promover a ação penal pública, ampliou a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública para outros

11. Idem, p. 13.

12. GARCIA, Emerson. Op. cit., p. 35.

13. Sobre a independência do Ministério Público, é importante salientar os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles: "Órgãos independentes são os originários da Constituição e representativos dos Poderes de Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário – colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um Poder pelo outro. Esses órgãos detêm e exercem precipuamente as funções políticas, judiciais e quase judiciais outorgadas diretamente pela Constituição, para serem desempenhadas pessoalmente pelos seus membros (agentes políticos, distintos de seus servidores que são agentes administrativos), segundo normas especiais e regimentais. (...) É de se incluir, ainda, nessa classe, o Ministério Público federal e estadual (...)" (*Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Ed. RT, 1989. p. 61).

interesses difusos e coletivos (inc. III), além dos já previstos em lei. Atribuiu-lhe a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas, além do exercício do controle externo da atividade policial, sendo mantidas outras funções presentes em Cartas pretéritas.

Importante salientar que o inc. II do art. 129 da Carta Política determinou que o Ministério Público zelasse "pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública" aos direitos assegurados na Constituição, "promovendo as medidas necessárias à sua garantia". Nessa porfia, estabeleceu uma função de controle dos atos do Poder Público que lhe permite promover os valores sociais constitucionais. Trata-se da função de *ombudsman*, a qual consiste no "controle dos demais controles" (legislativo, administrativo e judiciário), e objetiva, em síntese, remediar lacunas e omissões, além de assegurar que os três Poderes respeitem as regras estabelecidas e não obstem os direitos e liberdades públicas dos cidadãos.[14]

Mas é no art. 127, *caput*, da CF/1988 que o Ministério Público encontra um porto seguro na direção de uma nova forma de atuar. Ao dotar-lhe de legitimidade para a defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o legislador constituinte abriu-lhe um leque de possibilidades e deveres que bem necessitam serem compreendidos e colocados em pauta: o de um verdadeiro agente de transformação social.

Verifica-se que a Constituição de 1988 elegera princípios e valores fundamentais para que o Estado Democrático de Direito fosse consolidado. E o escolhido para zelar por esses valores e princípios foi, sem qualquer sombra de dúvida, o Ministério Público. A Instituição está, na nova ordem jurídica brasileira, definitivamente comprometida com a defesa do Estado Democrático de Direito, da cidadania e da dignidade da pessoa humana.[15]

José Afonso da Silva percebe, de forma lúcida, que o Estado Democrático de Direito instaura, nessa oportunidade, perspectivas de realização social profunda "pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelos instrumentos que

14. A Constituição Federal de 1988 conferiu novo perfil institucional ao Ministério Público. Com base na própria análise do texto constitucional, pode-se perceber que o promotor de justiça passou a definir-se fundamentalmente por suas atribuições como órgão agente em favor dos interesses sociais. Nesse sentido, tornou-se uma espécie de *ombudsman* não eleito da sociedade brasileira (MACEDO JR., Ronaldo Porto. Evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 52).

15. JATAHY, Carlos Roberto de Castro. Op. cit., p. 15.

oferece à cidadania", possibilitando concretizar as exigências de um Estado de justiça social, "fundado na dignidade da pessoa humana".[16]

Não se pode perder de vista que o princípio da dignidade da pessoa humana, aliado ao princípio da igualdade,[17] são fundamentais no processo emancipatório do homem. Esses princípios devem pautar, portanto, a atuação do Ministério Público na sociedade. É, pois, função do Ministério Público, na nova ordem constitucional, utilizar o Direito como instrumento de transformação da realidade social, fazendo com que os fatores que ensejam e mantém a injustiça social sejam minimizados. No dizer de Jatahy: "Esta é a sua maior função. Sua vocação social".[18]

Nesse passo, salienta-se a grande tarefa que lhe foi confiada, como instituição, no sentido de "agir", na vida da comunidade, na medida em que aquilatar, como agente sensível aos seus apelos, suas reais necessidades. Na esfera extrajudicial, em específico, evidencia-se a possibilidade de atuar com os fins de indução e fiscalização à implementação de políticas públicas para a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Observe-se que a Lei 8.625/1993 – a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público autoriza a criação de Promotorias de Justiça Extrajudiciais através do art. 23, § 1.°, e confere à Instituição atividades de natureza não judicial, determinando que os seus membros atendam a qualquer pessoa do povo, possibilitando-lhe a tomada de providências cabíveis (art. 32, II, da Lei 8.625/1993). Mas não se pode esquecer que os principais fundamentos desse dever decorrem das normas da Lei Mater.[19]

É importante evidenciar a grande importância do trabalho ministerial, na esfera extrajudicial, considerando que as fileiras da Justiça estão superlotadas

16. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 120.

17. "A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres"(KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 158).

18. JATAHY, Carlos Roberto de Castro. Op. cit., p. 16-17.

19. DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz. Atuação extrajudicial do Ministério Público: dever ou faculdade de agir. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 313-314.

de ações que, muitas vezes, levam anos para serem julgadas. Acrescente-se que o *Parquet*, ao conferir atendimento ao público, entra em contato com o problema, podendo identificá-lo e, inclusive, encontrar uma solução que os recursos da comunidade local ofereçam.

Hugo Nigro Mazzilli registra com clareza que são válidas, também para o atendimento procedido pelo Promotor, as observações anotadas por especialistas de assistência social, referindo-se ao atendimento nos plantões policiais, nos quais há que se levar em conta, sobretudo, a situação de crise em que se encontra a pessoa que é ouvida por este serviço. Assim, se reporta a Albertina Gonçalves Garcia e Myriam Dente M. V. Messerani:

"A carga emocional trazida à entrevista é muito intensa, ponteando do desalento ao controle exacerbado. O cliente está ainda incapaz de refletir sobre a sua situação, solicitando não só proteção quanto às formas de vitimização, como também controle externo para evitar o desencadeamento de impulsos de natureza criminógena. Portanto, o objetivo mais imediato da ação profissional é restabelecer um estado de maior equilíbrio emocional, a fim de que o indivíduo seja capaz de melhor manejar a situação."[20]

Mas é importante perceber que a Constituição de 1988 estabeleceu um compromisso formal entre o Estado e a sociedade na concretização dos direitos e garantias fundamentais. Nesse foco, a atuação do Ministério Público se consolida de forma vital, tanto no âmbito judicial como extrajudicial, para fazer valer esses direitos, no sentido de que o projeto de mudança arquitetado pelo constituinte originário se transforme em realidade.

É cediço que os responsáveis diretos pela implementação de programas de governo, com destino à realização do bem comum, são o Poder Legislativo e Executivo. Saliente-se que as escolhas que fazem devem seguir as previsões orçamentárias com escopo de concretizar as políticas públicas que entendam como prioritárias. Todavia, nem o Executivo, nem o Legislativo podem deixar de realizar um mínimo programa de Governo[21] que fora estabelecido na Cons-

20. MAZZILI, Hugo Nigro. *O promotor de justiça e o atendimento ao público*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 55.

21. O mínimo programa de Governo está diretamente relacionado com o "mínimo existencial", que se constitui no direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações estatais positivas. Trata-se de verdadeiro direito fundamental, pois sem ele cessa a própria possibilidade de sobrevivência do homem (REIS, José Carlos Vasconcelos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 171-185).

tituição para a consagração da dignidade da pessoa humana.[22] E não se pode perder de vista que a segurança pública se inclui no rol das condições mínimas de existência humana.

Quando os Poderes Legislativo e Executivo deixam de agraciar a sociedade com a realização de programas eficazes à concretização do núcleo essencial dos direitos fundamentais, justifica-se a ação ministerial, tanto no âmbito extrajudicial como no judicial, para restabelecer o respeito à Constituição.

É pertinente evidenciar que foi legada ao Ministério Público a legítima tutela da cidadania,[23] na qual se encontram albergados, além dos direitos políticos e individuais, também os sociais, todos estabelecidos na Lei Mater (art. 1.º, II, da CF/1988), encerrando, para a Instituição, um conjunto de tarefas bastante abrangente.

Nesse passo, cabe aqui lembrar o extenso rol de funções institucionais, que se encontram previstas no art. 5.º da LC 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), que se aplicam ainda de forma subsidiária aos Ministérios Públicos dos Estados. Registre-se que essa aplicação aos Estados encontra fundamento legal no art. 80 da Lei 8.625/1993, devendo-se ressaltar a alínea *e* do inc. II do art. 5.º da LC 75/1993, no que tange a zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos à "segurança pública". O enfrentamento ao crime, nessa porfia, atende aos reclamos do interesse social.

Forçoso reconhecer, na dicção de Hugo Nigro Mazzilli, que em uma única hipótese, o Ministério Público age privativamente "ao decidir se promove ou não a ação penal pública".[24] Daí concluir-se que é justamente na área criminal,

---

22. AGUIAR, Cláudio Tenório Figueiredo. O Ministério Público e a implementação de políticas públicas – Dever institucional de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. In: VILLELA, Patrícia (org.). *Ministério Público e Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7.

23. Vera Regina Pereira de Andrade afirma que o tempo presente parece ser o da ultrapassagem e mudança do senso comum de cidadania, não apenas no âmbito da ciência (particularmente das ciências sociais e humanas, mas "na dimensão capilar da rua, pois parece cada vez mais socializada a percepção de que a cidadania evoca, antes que as noções de nacionalidade/direitos políticos/elegebilidade, a noção (igualitária) de direitos ou de direito a ter direitos" (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do (pre)conceito liberal a um novo conceito de cidadania: pela mudança do senso comum sobre cidadania. *Sistema penal máximo X cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 67).

24. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 407.

por onde permeia a insegurança e a violência que marcam os dias atuais, que o Ministério Público não pode perder o foco.

Ademais, a abordagem do ingresso privativo da ação penal pública pelo Ministério Público e a sua participação em todos os assuntos ligados ao fato criminoso deve ser encarada de modo amplo, a começar pela prevenção. E são claras as possibilidades de interferência do *Parquet*, seja administrativamente, através de contatos entre órgãos oficiais ou pelo inquérito civil, seja judicialmente, por meio da ação civil pública, pois tanto a qualidade como a quantidade dos serviços de segurança pública são temas de relevante interesse coletivo ou difuso (art. 129, III, da CF/1988), como se verá adiante.[25]

Com tais assertivas, é possível concluir sobre a possibilidade legal do Ministério Público em ser um agente condutor de uma política institucional criminal preventiva. Mas em que consiste uma legítima e eficaz prevenção de crimes?

3. A PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE: DESAFIO DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Saliente-se que a primeira ideia de prevenção[26] utilizou-se da "pena" como instrumento apto a obstar a execução de um ilícito criminal. Trata-se do conhecido "efeito dissuasório" da sanção, que se seguiu, historicamente, à sua aplicação como um simples ato de justiça ou de retribuição jurídica, capitaneados por Kant e Hegel (Teorias Absolutas ou Retributivas).[27]

---

25. SANTIN, Valter Foleto. A participação do Ministério Público e do cidadão na política de segurança pública. *Justitia*. São Paulo, 63 (193), jan.-mar. 2001. BDJur, p. 42. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/23557/participacao_ministerio_publico_cidadao.pdf?sequence=4]. Acesso em: 10.10.2010.

26. "Prevenção decorre do elemento latino 'prae', com pronúncia de *pré*, usado na condição de prefixo indicativo da ideia de antecedência ou antecipação. (...) prevenir é o mesmo que antecipar-se, chegar antes; tratar de evitar, acautelar-se, precaver-se; impedir que se execute ou que suceda" (MORAES, Bismael B. *Prevenção criminal ou conivência com o crime: uma análise brasileira*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 50).

27. Kant enuncia na obra *Metafísica dos costumes* (1797): "Se a sociedade civil se dissolvesse com o consentimento de todos os seus membros (por exemplo, se o povo que vive numa ilha decidisse desagregar-se e disseminar-se pelo mundo inteiro), deveria, antes, ser executado o último assassino que se encontre no cárcere". Pontifica: "Seja qual for o dano imerecido que a outrem ocasionas no povo, a ti mesmo o fazes. Se o injurias, a ti próprio te injurias; se o rouba, a ti mesmo te roubas; se lhe bates, a ti mesmo bates; se o matas, a ti mesmo te matas" (KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: princípios metafísicos da doutrina do direito. Parte I*. Trad. Artur Mourão. Lisboa:

Imaginou-se que o meio adequado para prevenir o delito tinha natureza penal, e subsumia-se na "ameaça do castigo" que pairava sobre a cabeça de potenciais perpetradores de crimes (teoria da prevenção geral), ou de eventuais agentes que cometeram infrações penais (teoria da prevenção especial).[28]

Hodiernamente, perseguem-se novas formas de prevenção da prática de crimes que buscam ferramentas diferentes do instrumental normativo penal.

3.1 Tipos de prevenção: primária, secundária e terciária

Na atualidade, parte da doutrina ainda identifica a prevenção de crimes com um mero efeito dissuasório da pena. Assim, prevenir equivale a dissuadir o infrator potencial com a ameaça do castigo. Reconhecendo-se, entretanto, a necessidade de uma leitura dinâmica e positiva na prevenção de infrações penais, surgem os conceitos de prevenção primária, secundária e terciária, que sorvem das ciências naturais, sobretudo da medicina, os principais fundamentos para engendrar programas de prevenção relativos ao crime, pautados na intervenção focada em suas próprias causas.

A prevenção primária caracteriza-se por agir diretamente na raiz do conflito, com a finalidade de neutralizá-lo antes que o crime se realize. Consiste no

---

Edições 70, 2004. p. 147-148). Em Hegel, a pena atende a uma exigência da razão, o qual se justifica através de um processo dialético inerente ao próprio conceito de direito. Afirma: "O delito é uma violência contra o direito; a pena, uma violência que anula aquela primeira violência (o delito); a pena é, portanto, a negação da negação do direito, ou seja, é a sua afirmação (segundo a regra, a negação da negação é a sua afirmação)" (GARCIA apud QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 71).

28. Paul Anselm Ritter von Feuerbach formulou a principal e a mais rica formulação da teoria da prevenção geral em sua versão negativa: "teoria da coação psicológica". Segundo tal concepção, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a repercutir, junto à sociedade, evitando-se que as demais pessoas que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus membros possam refletir antes da prática de qualquer delito (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 76). Considera-se Franz von Liszt o maior expoente dessa teoria. Para ele, a função da pena é a proteção dos bens jurídicos por meio de sua própria incidência sobre a personalidade do delinquente, com o escopo de evitar-se futuros crimes. Tal ideia foi divulgada através do Programa de Marburgo, em 1882, quando o professor de Berlim lançou as bases do conteúdo teleológico e preventivo da pena, com enfoque na prevenção especial, que consistia na sua ação terapêutica sobre o condenado (em prefácio da obra de Franz von Liszt. LISZT, Franz von. *A idéia do fim no direito penal*. São Paulo: Rideel, 2005. p. 6).

resultado de estratégias públicas diversificadas, no âmbito econômico e social, cujo objetivo é dotar os cidadãos de capacidade social para superar de forma produtiva esse possível conflito. Educação e socialização, casa, trabalho, bem-estar social e qualidade de vida constituem o ambiente necessário para uma prevenção primária, que se opera sempre a médio e longo prazos, e se dirige a todos os membros da sociedade.

A prevenção secundária, por sua vez, opera-se em áreas ou setores de risco, quando há maior probabilidade da ocorrência de ilícitos ou manifestações anunciadoras da conduta criminal, do que se deduz que atua mais tarde, em termos etiológicos, do que a prevenção primária. Caracteriza-se por programas de intervenção social, de controle dos meios de comunicação, de ordenação urbana,[29] de utilização do desenho arquitetônico como instrumento de autoproteção, e outros similares que podem ser úteis, ainda que parcialmente, para evitar a prática de crimes.[30]

A prevenção terciária preocupa-se fundamentalmente com a população carcerária e tem por objetivo evitar a "reincidência". É intervenção tardia, porque se processa após o cometimento do delito; parcial, visto que só atinge o condenado; e insuficiente, pois não neutraliza as causas do problema criminal. Porém, apesar de suas limitações, seus programas podem ser úteis aos fins a que se propõem, visto que não se incompatibiliza com as diretivas da prevenção primária e secundária.

---

29. Um exemplo marcante de prevenção relativa à ordenação urbana foi o Projeto da Área de Chicago, que propôs importantes melhoras na educação, saúde, segurança no trânsito, urbanismo, atendimento a crianças etc., desenvolvido nos Estados Unidos. Tal projeto teve suas bases lançadas através da Escola de Chicago, a qual reconhecera a existência de um determinismo ambiental ao verificar que as infrações penais decorriam de uma imposição do ambiente físico e social. Assim, a diminuição da criminalidade dependeria da intervenção, a se dar por meio de políticas públicas preventivas. O termo "Escola de Chicago" foi utilizado pela primeira vez por Luther L. Bernard, no texto *Schools of Sociology*, publicado em 1930, tendo sido identificada por Milla Alihan, na obra *Social Ecology* (1938), como uma escola com seguidores, um arcabouço teórico e estilo próprio. A Escola de Chicago nasceu no Departamento de Sociologia criado na Universidade de Chicago, que fora fundada por John D. Rockfeller (FREITAS, Vagner Cinelli de Paula. *Espaço urbano e criminalidade: lições da Escola de Chicago*. São Paulo: Método, 2004. p. 49-51).

30. GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Criminologia: introdução aos seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 5. ed. Trad. primeira parte Luiz Flávio Gomes e Davi Tangerino. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 313.

A mais abrangente, entre os tipos de prevenção mencionados, é a "prevenção primária", porém demanda trabalho e gasto de recursos por parte do Estado. Atua a médio e longo prazos, exigindo prestações sociais positivas do Poder Público, além de reclamar intervenção comunitária.

Sem dúvida que uma gestão governamental fundamentada em políticas públicas que envide esforços para "o favorecimento das prestações sociais indispensáveis à sobrevivência saudável servirá, com sucesso, a uma grande prevenção da criminalidade, sobretudo, nos delitos praticados contra o patrimônio".[31]

Todavia, vem se consolidando, em nível internacional, importante debate sobre formas de prevenção da criminalidade no sentido da reorganização das esferas públicas e de possibilidades diversas de articulação entre os polos do Estado, do mercado e da sociedade civil. Trata-se do que vem se denominando de "Nova Prevenção", que coloca no centro da discussão as limitações do sistema de justiça criminal, e busca o desenvolvimento de um modelo integrado de proteção de bens jurídicos, "capaz de coordenar as políticas criminais com um amplo leque de intervenções preventivas e reativas, estatais e não estatais".[32]

3.2 A Nova Prevenção: um caminho a ser seguido

A Nova Prevenção, hipótese teórica introduzida no início dos anos de 1990 pela *Revista Sicurezza e Território*, dirigida por Massimo Pavarini,[33] encampa programas que podem ser classificados como de prevenção primária e secundária, e que são bastante úteis para estimular a contenção de crimes. A prevenção da criminalidade passa por um diagnóstico localizado de problemas já existentes ou possíveis de serem instalados, para o agir conglobado das esferas do Poder Público e/ou comunitárias.

Tais programas encontram fundamento na constatação que muitos autores vêm fazendo, a exemplo de Alessandro Baratta e Christina Giannoulis, de que o sistema normativo penal não consegue garantir a proteção dos bens jurídicos da maioria da população. Eles acusam, inclusive, os juristas de ocultar o fato

---

31. NEVES, Sheilla M. da G. C. das. *Penas restritivas de direitos: alternativa de punição justa*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 65.

32. DIAS NETO, Theodomiro. A Nova Prevenção: uma política integrada de segurança urbana. In: Andrade, Vera Regina Pereira de (org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisioando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Boiteux, 2002. vol. 1, p. 173.

33. SICA, Ana Paula Zomer. *Prevenção criminal: análise de políticas extrapenais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 150.

de que o sistema jurídico contribui para a reprodução das desigualdades sociais, ao exercer "violência no sentido de repressão das necessidades humanas reais".[34]

Todavia, sem perder a esperança na contenção da violência, esses autores propugnam o estabelecimento de uma aliança entre os excluídos da sociedade moderna e de seu sistema jurídico, que permitiria reconhecer a todos os seres humanos a qualidade de cidadãos e garantir, na prática, a afirmação dos direitos inerentes à cidadania. Assim, convidam a sociedade civil a criar "formas de controle da violência social que não sejam violentas".[35] Com isso, é possível refletir sobre a legítima participação da sociedade civil na prevenção de crimes, com o escopo de garantir direitos na área social, tais como educação, saúde e tantos outros.

No dizer de Theodomiro Dias Neto,[36] "a Nova Prevenção faz parte de uma interpretação interdisciplinar para postular a transversalidade das políticas públicas orientadas à segurança dos cidadãos".

Sob essa perspectiva, prevenir o crime é uma tarefa de caráter interdisciplinar, com desdobramentos nas mais diversas esferas, a qual demanda uma "ação coordenada das instituições públicas e privadas com competência de governo sobre um determinado território".

Desta maneira, as políticas criminais, entendidas em sua acepção mais abrangente, a serem desenvolvidas para o mister estão abarcadas por um "contexto mais amplo que envolve intervenções governamentais ou não na área da educação, planejamento urbano, saúde, habitação, trabalho, lazer etc.". Nesse universo, destaca-se que a transversalidade das políticas públicas de segurança corresponde a uma apropriação do bem segurança pela sociedade civil.[37] Insere-se, nesta conjuntura, uma série de experiências municipais de preven-

34. BARATA apud DIMOULIS, Dimitri. Sociedade civil, direitos fundamentais e emancipação: reflexões a partir da obra de Alessandro Baratta. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisioando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Boiteux, 2002. vol. 1, p. 38.

35. Idem, ibidem, loc. cit.

36. DIAS NETO, Theodomiro. Segurança pública: um conceito a ser repensado. *Boletim IBCCRIM*, n. 58. São Paulo: IBCCrim, set. 1997.

37. "O potencial emancipatório da participação da sociedade civil em projetos de prevenção local está no surgimento de uma nova cultura de defesa contra a criminalidade, capaz de dar dimensão política aos conflitos e dar visibilidade à pluralidade de necessidades sociais de segurança" (CITTÀ SICURE apud DIAS NETO, Theodomiro. A Nova Prevenção... cit., p. 180).

ção criminal que, baseadas em vários princípios como os da "descentralização, da interdependência das competências, da participação direta, vem suscitando políticas alternativas para o enfrentamento de problemas locais".

Uma política adotada pela Nova Prevenção não deve, portanto, estar vinculada às isoladas construções analíticas do instrumentário penal, porque este faz uma leitura descontextualizada e individualizada dos conflitos sociais, intervindo somente no nível sintomatológico dos problemas, e responde apenas de forma reativa a ações puníveis de indivíduos.[38] Somente uma leitura interdisciplinar permite uma compreensão científica das causas e relações complexas das diversas fontes de insegurança.

Existem exemplos, vinculados à atividade policial, que bem demonstram a possibilidade de colocar em prática a Nova Prevenção.

Herman Goldstein formula proposta interessante no sentido da criação de um "modelo de policiamento orientado ao problema", no qual a polícia, em coordenação com outras instituições, mobiliza os seus esforços, recursos e competências na identificação, análise e solução dos problemas de um território. Nesse caso, ao invés de agir de forma repressiva à prática de um ilícito penal, a polícia adotaria uma postura preventiva, que busca soluções duradouras para a situação problemática em si mesma.[39]

É importante observar que alguns setores da polícia dos Estados Unidos, já na década de 60, percebeu a grande utilidade da "interagencialidade",[40] quando foi confrontada com protestos raciais, em alguns Estados. Alertou os governos sobre a deficiência na prestação dos serviços públicos (coleta de lixo, transporte público, áreas de lazer) que contribuíam para fomentar a tensão em bairros negros. Este é um exemplo em que a polícia passou a dispor de competências e recursos não penais para o exercício de suas funções, e teve voz ativa na discussão de políticas públicas que pudessem ter reflexo direto ou indireto em sua esfera de ação.[41]

---

38. Idem, p. 177.

39. GOLDSTEIN apud DIAS NETO, Theodomiro. A nova prevenção... cit., p. 178.

40. A interagencialidade pressupõe que o tema da segurança pública deixe de ser visto como questão de polícia, para converter-se em questão de política. Com a interagencialidade entre a polícia e o cidadão, rompe-se o distanciamento e a hostilidade e se estabelece um estilo de policiamento fundado na integração e cooperação entre as parte. Havendo a interação, não há violência, uma vez que essa é a ausência de interação (ERNESTO, Leandro Miranda. O policiamento comunitário reduz a violência social? *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. Disponível em: [www2.forumsegurança.org.br/node/22255]. Acesso em: 31.10.2010.

41. GOLDSTEIN apud DIAS NETO, Theodomiro. A Nova Prevenção... cit., p. 179.

No Brasil, numa linha análoga à proposta de Goldstein, destaca-se o programa de implantação de uma polícia comunitária na periferia da cidade de São Paulo, no Jardim Ângela, considerado em 1996, pela ONU, como o lugar mais violento do mundo, que foi feita a pedido de representantes de moradores, conforme relatado por Shecaira.[42]

Com a nova base policial, o comandante passou a morar no bairro e o patrulhou por mais de 20 anos, sendo que a paróquia e outras entidades passaram a oferecer programas para atender jovens em situação de risco, pessoas dependentes de álcool e drogas, mulheres vítimas de violência praticadas por maridos, deficientes físicos e mentais, e pessoas com problemas psicológicos. Os policiais, através desse programa, aproximaram-se dos jovens fazendo palestras em escolas e reformaram a única quadra esportiva do bairro que era, inclusive, conhecida como "fumódromo".

Pois é exatamente nesse novo paradigma[43] de prevenção de delitos que o Ministério Público hodierno encontra importante papel a ser desempenhado na articulação de uma política criminal institucional consentânea ao exercício da cidadania, a qual lhe cabe velar. Trata-se do "agir na realidade social", atribuição que lhe foi conferida de forma abrangente pela Constituição Federal.

4. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AGENTE INDUTOR, PARCEIRO E FISCALIZADOR DE UMA POLÍTICA CRIMINAL PREVENTIVA

Ao admitir-se, portanto, a possibilidade de atuação conjunta de vários atores sociais (sociedade civil, instituições públicas e privadas, ONGs, cidadãos etc.), na prevenção de crimes, é preciso perceber, pois, a grande importância da participação do Ministério Público nessa conjuntura. Como já foi mencionado, é ele o defensor do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, além de guardião dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal, devendo promover as medidas necessárias a sua garantia.

Nesse diapasão, o Ministério Público se legitima como "agente indutor, parceiro e fiscalizador" de uma política que vise, de forma preventiva, reduzir a

42. Policiamento comunitário citado por SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 65-66.

43. Segundo Thomas S. Kuhn, "um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham (...)" (KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 221).

violência e a criminalidade. E mais: verifica-se que a Instituição possui o dever legal de agir, já que a segurança pública[44] faz parte do elenco dos direitos fundamentais do cidadão estabelecidos na Lei Mater dos quais é defensor.

4.1 O panorama tradicional das atribuições ministeriais na esfera criminal e a mudança de paradigma

Textualiza Antônio Dal Pozzo[45] que o Ministério Público antigo sempre se circunscreveu a "reagir", recebendo inquéritos policiais ou processos em sua mesa. Afirma que os Promotores e Procuradores de Justiça neles atuavam "oferecendo uma resposta a um estímulo que deles recebiam, numa reação de causa e efeito meramente burocrática". Daí que tais inquéritos e processos sempre foram considerados um fim em si mesmos, ou seja, "o objeto e a finalidade de sua atuação". Sustenta que o novo Ministério Público deveria ver, no processo, não um fim em si mesmo, mas "um sintoma: a revelação de que alguma coisa não está funcionando bem no seio da coletividade".

Com efeito, registra-se que enquanto o Ministério Público se limitar a oferecer denúncias e acompanhar os processos criminais (e de execução de penas), entendendo que cumpriu completamente seu papel, sem a preocupação com a gênese do fenômeno, estará, apenas, contribuindo para conservar o *status quo ante* sem uma interferência eficaz na transformação da realidade social.

Todavia, ao examinar-se o leque de atribuições que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional conferem ao Ministério, constata-se a singular gama de atribuições que hoje lhe competem. Nessa perspectiva, importa-lhe a assunção de uma política de prevenção criminal amparada num "agir pré-delito", que será mais econômica e eficaz no enfrentamento à criminalidade do que a tradicional forma repressiva.

Um exemplo de que o agir exclusivo "pós-delito", na esfera criminal, não está desempenhando o seu papel preventivo ao crime, pode ser dado com a fabricação ilegal de fogos na cidade de Santo Antônio de Jesus, na Bahia. Mesmo depois da explosão de uma fábrica de fogos de artifício, em 1998, no municí-

---

44. Conforme Theodomiro Dias Neto, o conceito seletivo de segurança pública divide-se em duas dimensões: "A primeira, centrada da fusão entre as ideias de segurança e de criminalidade, ou de certas formas de criminalidade; e a segunda, na ambivalência 'hobesiana' entre 'segurança dos cidadãos' e a 'segurança do Estado', entendida como capacidade de imposição repressiva da paz" (DIAS NETO, Theodomiro. A Nova Prevenção... cit., p. 176).

45. DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz. Op. cit., p. 310-315.

pio, que matou 64 pessoas e resultou na condenação de cinco dos responsáveis por homicídio, ainda é possível encontrar mulheres e crianças na porta de casa "fazendo traques de bater ou estalos de salão". Isto, porque até hoje os órgãos fiscalizadores não adotaram medida eficaz para a erradicação da clandestinidade.[46]

Ademais, segundo informações do assessor da Asfogos, José Carlos Toneto, existem mais de 50 produtores informais, e afirma que "a fabricação não vai parar, porque é uma das poucas alternativas de geração de renda". Acrescenta: "O dia em que o governo der condições para que eles se formalizem, a atividade vai gerar emprego, renda e impostos".

Nessa porfia, aponta-se a possibilidade de se estabelecer um processo de despertar de "consciência" através de uma ampla reflexão (ou do chamado "ensimesmar" de Ortega y Gasset)[47] para se questionar: "o que está se fazendo?" Com esse raciocínio, poder-se-á buscar a implementação de "ações afirmativas de cidadania" direcionadas a determinados grupos sociais vulneráveis. Afinal de contas, o membro do Ministério Público já deixou de ser o "funcionário do rei" há muito tempo. Hoje ele promove a realização dos legítimos interesses da sociedade, nos quais a cidadania ocupa lugar de destaque.

É importante perceber que a sociedade ocidental contemporânea vem pressupondo, de forma equivocada, que o controle social formal, em especial, o penal, é um completo e eficaz instrumento na prevenção do crime.

Tal concepção encontra suas origens no sistema de pensamento que se construiu no Ocidente a partir da segunda metade do século XVIII, o qual Álvaro Pires denominou de "racionalidade penal moderna", através do qual a opinião pública, com mais visibilidade a partir da década de 80, encontra-se em estado de juridicização pelo sistema penal.

Resgatando as ideias do autor, trata-se de um sistema de pensamento que é "ligado a um conjunto de práticas institucionais jurídicas que se designa

---

46. A reportagem atesta ainda ser difícil identificar os donos da produção. Nesse passo, registra o argumento da dona de casa Antônia dos Santos: "Estou fazendo traque para uma pessoa de Muniz Ferreira. Esses R$ 10 que ganho servem para comprar pão". A vizinha dela, Gilza Silva, diz: "Se não fizer traque, morre de fome" (PITA, Cristina Santos. Fabricação ilegal de fogos segue impune em Santo Antônio de Jesus. *Jornal A Tarde*, A8, 04.11.2010).

47. ORTEGA Y GASSET, José. *O homem e a gente – Inter-comunicação humana*. 2. ed. Nota introdutória e tradução de J. Carlos Lisboa. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1973. p. 2.

'justiça penal' ou 'criminal', constituído por uma rede de sentidos" que possui unidade própria, no plano do saber, e que relaciona estreitamente "fatos e valores, o que lhe confere um aspecto normativo".[48]

Através desse sistema, inaugurado em século transato pelas teorias utilitárias, gerado, portanto no âmbito do direito penal, e difundido na sociedade, o qual ainda norteia a concepção punitiva desses dias, obstrui-se o conhecimento da questão penal de perspectiva diversa, e se cria óbice à criação de uma nova racionalidade condizente com essa era.[49]

Todavia, a par dos registros que direcionam a linha de pensamento hodierna, é necessário reconhecer que o controle social formal não se sobrepõe ao controle informal. Ambos caminham juntos. Nesse sentido, já afirmou Jeffery:

"(...) mais leis, mais penas, mais policiais, mais juízes, mais prisões significam mais presos, porém não necessariamente menos delitos. A eficaz prevenção do crime não depende tanto da maior efetividade do controle social formal, senão da melhor integração ou sincronização do controle social formal e informal."[50]

Para os teóricos do controle, dentre os quais T. Hirschi, não é o medo do castigo o fator que fundamenta o comportamento do infrator, senão os "vínculos entre ele e a ordem social". Desta maneira, o indivíduo evita o delito, porque é o primeiro interessado em manter um comportamento de acordo com as pautas e expectativas da sociedade. Tem ele uma "razão atual, efetiva e lógica" para obedecer suas leis: "O cometimento do delito lhe traria mais desvantagens que vantagens". Trata-se de teoria, que, inclusive, permite um diagnóstico do comportamento delitivo, para todos os extratos sociais.[51]

Assim, a teoria de T. Hirschi (1969) demonstra cientificamente "em que medida regras, hábitos, crenças e atividades comunitárias são capazes de gerar vínculos sociais e respeito pelas normas tidas como válidas no seio da sociedade".[52]

Esse autor admite que todo o indivíduo é um infrator potencial e só o medo do dano irreparável que o delito possa causar-lhe em suas relações interpesso-

48. PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos*, n. 68, p. 40. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento – Cebrap, mar. 2004.

49. Idem, p. 46.

50. JEFFERY apud GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antônio. Op. cit., p. 98.

51. GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antônio. Op. cit., p. 279.

52. SICA, Ana Paula Zomer. Op. cit., p. 82.

ais (pais, amigos, vizinhos etc.) e institucionais (escola, trabalho etc.) o detém. Portanto, a causa da criminalidade não é outra, senão, o enfraquecimento desses "laços ou vínculos que lhe unem com a sociedade". Quando o indivíduo carece do necessário "enraizamento social" ou mesmo do "interesse e sensibilidade frente às demais pessoas", também carece do "controle dissuasório", e encontra facilmente o caminho da delinquência.[53]

Nessa intelecção, há de se refletir como o Ministério Público pode contribuir para o fortalecimento dos laços sociais de muitos indivíduos, seja através de parcerias em atividades comunitárias, seja pela indução e fiscalização de políticas públicas direcionadas a grupos vulneráveis, numa legítima intervenção preventiva de delitos.

Ademais, é importante observar que o controle social formal possui caracteres construtivos, seletivos, discriminatórios e estigmatizantes.[54]

Não se pode questionar o fato de que a "reação social" condiciona, sem qualquer sombra de dúvida, o volume e a estrutura da criminalidade hodierna.

Como bem constata Vera Regina Andrade:

"(...) a criminologia contemporânea experimenta uma troca de paradigmas, mediante a qual está a se deslocar e transformar de uma ciência das causas da criminalidade (paradigma etiológico) que caracterizou seu estatuto desde o século XIX, em uma ciência das condições da criminalização (paradigma da

53. GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antônio. Op. cit., p. 279.

54. "Os órgãos estatais de repressão às drogas direcionam a sua atuação, voltando-se sempre para determinados segmentos populacionais, enquanto, propositadamente, ignoram comportamentos suspeitos ou explicitamente delituosos, praticados por integrantes de outros segmentos. Destarte, um grupo de jovens brancos, fumando e distribuindo erva *cannabis sativa* (maconha) na pracinha de um condomínio de classe média-alta ou rica, dificilmente será, sequer, incomodado pela polícia, quiçá preso e conduzido à delegacia. Contudo, um grupo de jovens, pretos ou pardos, fumando cigarros (droga lícita) numa roda de colegas e amigos em um bairro periférico de uma capital brasileira, a despeito de não estarem cometendo qualquer crime, certamente serão abordados e revistados pela polícia, possivelmente humilhados e, não raro, conduzidos, para a delegacia para "averiguações". Na hipótese do grupo, ou de alguns, ou mesmo de apenas um, estar portando qualquer quantidade de droga ilícita (maconha, *crack*, cocaína), por mais ínfima que seja, todos ou, no mínimo, aqueles que estavam com a droga, serão enquadrados como incursos no art. 33 (tráfico) da Lei 11.346/2006, em concurso com o art. 35 (associação para o tráfico) da mesma lei" (SOARES FILHO, Almiro Sena. *O desenvolvimento humano e a negação do racismo no Brasil*. Dissertação de mestrado em Desenvolvimento Humano e Responsabilidade Social, Salvador, Fundação Visconde de Cairu, 2009. p. 118-119).

reação social), ocupando-se hoje, especialmente, do controle sociopenal e da análise da estrutura, operacionalidade e reais funções do sistema penal, que veio a ocupar um lugar cada vez mais central no interior do objeto da investigação criminológica."[55]

Os agentes do controle social não "detectam" o infrator, mas, antes, criam a infração e etiquetam o culpado como tal. O efeito estigmatizador marca o indivíduo, desencadeando a chamada "desviação secundária" e as "carreiras criminais". Registre-se que o critério do *status social* prima sobre o dos merecimentos objetivos do autor da conduta.[56]

Alessandro Baratta destaca que "o sistema das imunidades e da criminalização seletiva incide em medida correspondente sobre o estudo das relações do poder entre as classes". Desse modo, oferece "um salvo-conduto mais ou menos amplo para as práticas ilegais dos grupos dominantes, no ataque aos interesses e aos direitos das classes subalternas".[57]

Começam já na polícia os mecanismos de seleção que se fazem presentes no sistema penal, afirma Mariana Barreiras, reportando-se a René van Swaaningen. Relata que pesquisas com vítimas, realizadas nos Países Baixos, indicam que 4,8 milhões de crimes são cometidos por ano, e que apenas um terço deles (1,6 milhão) chegam ao conhecimento da polícia. Mas, somente um sexto desses casos é resolvido. O resultado de casos que chega ao julgamento nas cortes é cerca de 235.000 crimes por ano.[58]

Acrescente-se que a polícia além de resolver conflitos, privatizando-os muitas vezes *contra legem*, decide quem são os suspeitos, e aborda-os quase sempre entre as camadas mais baixas da população, que são bastante vulneráveis à sua atuação. São estas, portanto, as pessoas passíveis, em regra, de se tornarem criminosos.

Daí a importância de se refletir sobre o fortalecimento do controle social informal, através dos investimentos necessários à sua melhor consecução e da

---

55. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 184.

56. GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antônio. Op. cit., p. 98.

57. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 198.

58. BARREIRAS, Mariana Barros. Controle social informal X controle social formal. In: SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (orgs.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 314.

produção de uma política criminal adequada para a prevenção da criminalidade em sua gênese.

O Ministério Público, antes, agente repressor por excelência, está legitimado, hoje, a agir de forma ampla, ou seja, trabalhar, antes, pela prevenção, com o auxílio do controle social informal. A repressão, através da justiça penal, só deverá ser acionada quando, esgotadas as instâncias preventivas, não foi possível evitar o ilícito.

4.2 O Ministério Público e a Nova Prevenção de Crimes: formas de atuação

Mediante a lúcida constatação de que é necessário prevenir crimes, é chegado o momento de pensar-se que ao Ministério Público cabe estabelecer novas tarefas de "ação", que lhe permitam configurar uma política criminal institucional compatível com essa atribuição.

Desta maneira, é preciso deixar claro que a atuação ministerial se faz legítima, no campo da prevenção de crimes, quando se dirige às raízes do conflito, procurando dirimir o problema na gênese, o que somente poderá ser feito através da indução, partilhamento e fiscalização de políticas públicas.

A "Nova Prevenção" vem, em boa hora, dar a luz que a Instituição precisa para a realização de suas atribuições constitucionais, pois promove um desmonte da relação entre a criminalidade, segurança e controle penal, numa linha de reformulação das práticas de controle social.

Como bem se manifesta Ana Paula Sica, a sociedade contemporânea é "conflitiva, heterogênea, anômica, extremamente diversificada e plural, impondo novas leituras para compreender o problema e enfrentá-lo, de forma a minimizar os índices da criminalidade e reduzir o impacto do crime sobre a vida dos cidadãos".[59]

O Ministério Público é sem dúvida um "ator fundamental" nessa trajetória e tem legitimidade na luta pela implementação das políticas públicas, já que existem dificuldades em transportar as relevantes conquistas consagradas pela Carta Constitucional para a realidade cotidiana.

A atuação da *Parquet* é amparada, como mencionado alhures, pelo art. 127 da CF/1988, que lhe delega a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Saliente-se que o inc. II do art. 129 da Carta Política determinou que o Ministério Público zelasse pelos "direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas ne-

59. SICA, Ana Paula Zomer. Op. cit., p. 150.

cessárias à sua garantia" (Vide ainda o art. 5.º da LC 75/1993 e o art. 80 da Lei 8.625/1993).

Para atender a esse desiderato, os membros do Ministério Público contam com vários instrumentos jurídicos, como o inquérito civil, a recomendação, as audiências públicas, os termos de ajustamento de conduta e a ação civil pública. Os dois últimos objetivam alçar obrigações de fazer e responsabilizar o agente público que não cumpriu seus deveres legais (Vide art. 6.º, VII, *d*, da LC 75/1993 e arts. 25, 26 e 27, IV, da Lei 8.625/1993).

Nessa intelecção, Décio Gomes afirma que "a ação civil pública surge como especial ferramenta de efetivação do dever prestacional estatal" no que tange à segurança pública, eis que ostenta a natureza inconfundível de direito difuso, consoante a inteligência do art. 81, I, da Lei 8.078/1990 e do art. 1.º, IV, da Lei 7.347/1985. Tal prestação deverá ser exigida do Estado-membro, quando "a ameaça de lesão à liberdade e/ou à vida atinja a população da unidade federativa, e à União Federal, na medida em que afetadas são as instituições públicas".[60]

Também a mobilização da sociedade para a edição de políticas públicas é um processo cuja construção pode ser facilitada ou estimulada pelos membros do Ministério Público. Denise Tarim afirma que para a democracia ser "uma realidade em nosso País, é importante que haja a apropriação pela cidadania dos direitos previstos na Constituição, o que possibilitará participação efetiva nas decisões políticas". Complementa, aduzindo que as audiências públicas são indispensáveis para se detectar as reais necessidades do povo, as quais vivem em constante mutação. "Daí a importância de um eficaz planejamento estratégico das políticas públicas e de um Ministério Público combativo e atuante para a realização das referidas políticas".[61]

Na mesma linha de raciocínio, pode-se dizer que o Ministério Público está legitimado a "desenvolver programas" em parceria com outros atores sociais que tenham por finalidade a prevenção de crimes. Já existem, nessa esteira, algumas iniciativas, como exemplifica o Programa de Redução de Danos Sociais

60. GOMES, Décio Alonso. Política criminal brasileira e o papel do Ministério Público. In: VILLELA, Patrícia (org.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 37.

61. Denise Tarin é Promotora de Justiça do Rio de Janeiro (*Revista do Ministério Público Democrático* 27/10. São Paulo: Ministério Público Democrático, nov. 2009).

– RDS,[62] realizado no subúrbio ferroviário de Salvador pelo Ministério Público do Estado em parceria com a Universidade Federal da Bahia.

Ele surgiu com o escopo de desenvolver uma estratégia que permitisse identificar as causas geradoras dos conflitos daqueles bairros, além de implementar técnicas legais para o seu enfrentamento eficaz, visto ser uma das regiões aonde vinha ocorrendo um número expressivo de mortes por homicídio.

Trata-se de programa que bem atende à "Nova Prevenção", porque foca na dimensão social e territorial do problema. O RDS visa à formação da cidadania por parte dos jovens para que possam se dispor a "discutir e promover a melhoria da qualidade de vida de sua própria comunidade". Busca também aperfeiçoar as "relações interpessoais, fortalecer as regras de convivência e solidariedade, encorajar o espírito crítico, a responsabilização interpessoal e a autonomia, estimulando ações e mecanismos de resolução de conflitos".

Outro exemplo de prática que envolve a parceria do Ministério Público estadual com importantes setores da sociedade civil e o Ministério do Turismo está se realizando na capital baiana com relação à prevenção do turismo sexual de crianças e adolescentes. Ela visa coibir o ilícito no período dos jogos da Copa do Mundo, através da realização de oficinas que formam agentes multiplicadores, e que se destinam a criar óbices na exploração sexual de crianças e adolescentes.[63]

Trata-se de um tipo de programa que também se alinha ao conteúdo geral da "Nova Prevenção", porque se realiza através de vários agentes sociais de competências diferentes; mas é imprescindível que tenha prosseguimento após a Copa do Mundo, destinando-se a prevenir delitos desse jaez em qualquer tempo.

Campanhas diversas têm sido capitaneadas pela Instituição baiana, na área da infância e juventude, que têm por escopo promover a conscientização da sociedade para denunciar abuso sexual de menores, venda de bebida alcoólica para crianças e adolescentes e *bullying*. A campanha "Não bata, eduque", por exemplo, objetiva evitar a prática de castigos físicos por seus representantes le-

62. VIANA, Itana. Sociabilidade e violência programa de redução de danos sociais. In: LOPES, Regina Trindade; SOARES, Antônio Mateus de Carvalho; SANTOS, José Raimundo de; LIMA NETO, Fernando Cardoso; FERREIRA, Adailton B.G.; ESPINHEIRA, Gey (coords.). *Sociabilidade e violência: criminalidade no cotidiano de vida dos moradores do subúrbio ferroviário de Salvador*. Salvador: Ministério Público do Estado da Bahia/UFBA, 2004. p. 3-4.

63. "As oficinas serão realizadas em todas as cidades-sede da Copa 2014 e devem formar 390 agentes multiplicadores" (VASCONCELOS, Hieros. Turismo sexual é preocupação para a Copa. *Jornal A Tarde*, A8, 04.11.2010).

gais contra crianças e adolescentes, e pode servir contra estímulo de possíveis lesões corporais e maus-tratos. Mas não se pode perder de vista que essas campanhas se dirigem ao ilícito já praticado, ou seja, não o previnem na gênese. Contudo, em se tratando de crimes de prática reiterada, as aludidas campanhas possuem moderada eficácia preventiva.[64]

Digna de destaque também foi a criação da "Promotoria Comunitária", no Estado de São Paulo, iniciada em Santo Amaro, na zona sul da capital do Estado, a qual vem sendo implantada em outros municípios e se destina a contribuir para a redução dos índices de criminalidade. Trata-se de um trabalho do Ministério Público paulista realizado em parceria com a Polícia Civil, a Polícia Militar e a sociedade civil, por meio de medidas que envolvem a comunidade, como por exemplo, o fechamento dos bares às 22 hs.[65]

No Espírito Santo, foi criada uma "Promotoria de Justiça de Prevenção de Crimes" na Grande Vitória, através do Plano de Ação CACR, do Centro de Apoio Operacional Criminal, no ano de 2006, com o objetivo de inserir o Ministério Público nas questões relacionadas à Política Criminal, valendo-se de uma atuação notadamente preventiva com o escopo de promover estratégias de atuação do Estado em relação aos problemas da criminalidade e da segurança pública. Trata-se de uma iniciativa pioneira no âmbito da Instituição Ministerial, que bem demonstra o início de uma conscientização, por parte do *Parquet*, de suas funções nessa esfera.[66]

A campanha "O que você tem a ver com a corrupção?", proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) e o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais (CNPG), tem por finalidade ajudar na prevenção de ocorrência de novos atos de corrupção e a consequente diminuição dos processos extrajudiciais e judiciais, por meio da educação das gerações futuras, estímulo a denúncias populares e punição de corruptos e de corruptores.[67]

---

64. Idem; BRASIL. Ministério Público do Estado da Bahia. Disponível em: [www.mp.ba.gov.br/atuacao/infancia/campanhas.asp] e [www.mp.ba.gov.br/atuacao/infancia/eduque.asp]. Acesso em: 04.11.2010.

65. BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. Ministério Público expõe sobre Promotoria Comunitária em Congresso da ONU. [www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/noticias/]. Acesso em: 07.11.2010.

66. BRASIL. Ministério Público do Espírito Santo. Disponível em: [www.mpes.gov.br/anexos/centros_apoio/arquivos/14_21141546251292007_PLANO%20DE%20A%C3%87%C3%83O%20CACR%202006.doc]. Acesso em: 07.11.2010.

67. BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: [www.mpdft.gov.br/portal/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=193&Itemid=312]. Acesso em: 25.11.2010.

É um projeto que possui dupla via: além de visar à punição dos corruptos e corruptores, destina-se a educar e estimular as novas gerações, mediante a construção, em longo prazo, de um Brasil sério e mais justo, ao destacar o papel fundamental das condutas diárias que serão fonte de exemplo para os jovens.

Sem dúvida que os programas dirigidos à revisão de atitudes, valores e pautas sociais de comportamentos humanos, como o apontado, são por demais importantes na prevenção da criminalidade, eis que os valores profundos realmente vivenciados numa sociedade operam num liame de correlação inevitável com a consequente criminalidade que desponta no seu seio.[68] O Ministério Público deu um passo à frente quando estabeleceu tal meta preventiva, pois somente o bom exemplo pode educar com dignidade. Induzir políticas públicas ou comunitárias baseadas na revisão de valores é contribuir de forma legítima para a paz social.

Todavia é importante reconhecer, que, além de induzir e promover ações que visem à implantação de políticas públicas e de partilhar tarefas com a sociedade, todas destinadas à prevenção de crimes, o Ministério Público também possui atribuição para fiscalizar a implementação de ações de iniciativa do Poder Executivo. Ilustre-se com o Programa Nacional de Segurança Pública (Pronasci), que vem sendo desenvolvido pelo Ministério da Justiça (Governo Federal), no enfrentamento à criminalidade do País, em vários Estados, o qual poderá ser, nessa intelecção, fiscalizado pelo *Parquet*.[69]

---

68. A prevenção dos delitos somente será efetiva através da modificação de certos comportamentos por parte do homem com o real reconhecimento de seus erros na condução de sua vida pessoal. Tal mecanismo poderá ser desencadeado por políticas sociais em termos de educação, saúde, moradia e lazer, que aumentarão as oportunidades de inclusão de grupos vulneráveis sujeitos à potencial criminalidade, afirma Pablos de Molina (GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antônio. Op. cit., p. 357). Beccaria verbera, ainda no século XVII, na obra clássica *Dos delitos e das penas*, no capítulo que trata dos meios de prevenir crimes, que "a maneira mais segura, porém ao mesmo tempo mais difícil, de tornar os homens menos propensos à prática do mal é aperfeiçoar a educação". A questão é "ensinar as crianças para a virtude, pela estrada arejada do sentimento, e afastá-las do mal pela força invencível da necessidade e dos inconvenientes que acompanham a má ação" (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Deoclesiano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003. p. 136-137).

69. O Pronasci congrega a articulação de políticas de segurança pública com ações sociais, tendo como público-alvo os jovens de 15 a 24 anos, os quais se encontram ou já estiveram em conflito com a lei, presos ou egressos do sistema prisional, além dos reservistas, passíveis de serem atraídos pelo crime organizado em função do apren-

Em semelhantes casos, os membros do Ministério Público, em suas comarcas, verificam como estão sendo implantados os projetos, sob o aspecto legal, e analisam, com o auxílio de técnicos especializados, seus resultados. Isto é possível em face da Constituição Federal ter conferido autonomia ao *Parquet*, como já citado, além de ter estabelecido um regime jurídico próprio, com prerrogativas, garantias, deveres e vedações, permitindo o seu exercício funcional de forma independente.

Nesse sentido, explica Luiza Cristina Fonseca Frischeisen:

"O papel do Ministério Público é verificar se as políticas públicas estão sendo implementadas de acordo com a lei e se estão adequadas à norma constitucional, inclusive avaliando se os percentuais de investimento previstos pelo orçamento estão sendo obedecidos."[70]

Todavia, verifica-se que existem poucas ações coordenadas pela Chefia da Instituição com a finalidade de prevenir a prática de crimes, sendo que a grande maioria delas se constitui em iniciativas isoladas de algumas promotorias e, muitas, são baseadas quase que exclusivamente em ações repressivas, que não visam à prevenção do delito em sua origem.

A política criminal repressiva, além de estar causando altos custos sociais e econômicos, não vem se mostrando eficiente no combate à criminalidade. Esta diretiva, maniqueísta por excelência, caminha, pois, na prorrogação da ultrapassada "racionalidade penal moderna" alhures mencionada, e se contrapõe, sobremaneira, à própria defesa da cidadania a que o Ministério Público é fadado constitucionalmente.

---

dizado no manejo de armas adquirido durante o serviço militar. Sem dúvida que este programa, embora possua uma filosofia preventiva do tipo predominantemente terciária, tem o mérito de congregar a participação da sociedade em determinados projetos, a exemplo do "Mulheres da Paz", quando serão capacitadas líderes das comunidades em temas como, ética, direitos humanos e cidadania, para agirem como multiplicadoras, com a incumbência de aproximar os jovens com os quais o Pronasci trabalhará. Até o momento, o Pronasci chegou a 150 municípios, ao Distrito Federal e a 22 Estados: Acre, Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, São Paulo, Sergipe e Tocantins. BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/pronasci/data/Pages/MJE24D0EE7ITEMIDAF1131EAD238415B96108A-0B8A0E7398PTBRIE.htm]. Acesso em: 24.10.2010.

70. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen é Procuradora Regional da República da 3.ª Região, no Estado de São Paulo e responde à entrevista para a *Revista do Ministério Público Democrático*, n. 27, p. 7.

Tal concepção penetra sutilmente a Instituição, de forma a conferir à área criminal a ideia de que aqueles que foram captados pelo sistema penal pertencem a uma subclasse de cidadãos, o que fere de morte a lógica racional interna das atribuições ministeriais que se evidenciam pela defesa irrestrita dos direitos fundamentais, e não se coaduna com os princípios que regem o *Parquet*.

Emile Durkheim chamou a atenção, ao elaborar as "Regras do Método Sociológico", que os fatos denominados de "correntes sociais" vêm sempre de fora e "são capazes de arrebatar a nossa vontade e, quando nos entregamos a eles, sem reserva, não sentimos a pressão que exercem sobre nós", do que deduz sermos então "vítimas de uma ilusão que nos faz crer que elaboramos, nós mesmos, o que se impôs a nós de fora".[71]

A reflexão de Emile Durkheim é pertinente à medida que a Instituição, aqui utilizada numa analogia ao indivíduo, está imbuída de valores sociais que não lhes pertence, e precisa despertar sua consciência interna no sentido de agir de forma coerente com todas as suas atribuições, constituindo-se a legítima prevenção, ao contrário da repressão, diuturnamente ostentada pela mídia, em fato gerador da inclusão de grupos sociais vulneráveis.

Não se pode perder de vista que a Instituição está, pois, impregnada de conceitos punitivos que pertencem, na atualidade, igualmente à "opinião pública", uma das diversas tramas discursivas da mencionada "racionalidade penal moderna", que vem exigindo mais "punição" ao invés de "prevenção" na prática de crimes. Tal pensamento, além de orientar a busca, pelo *Parquet*, da aplicação judicial de uma pena aflitiva, cega-lhe o poder de visão, muitas vezes, para a possibilidade de utilização de suas amplas atribuições no campo da prevenção de delitos.

Em face dessa constatação, pensa-se que uma real interação entre os representantes do Ministério Público que atuam nas áreas cível e de difusos, com aqueles da área criminal pode ser uma solução viável para essa conscientização. O *Parquet* é uno e indivisível, e as experiências dos membros de uma esfera são importante fonte de diagnóstico para o "agir" dos demais. Podem ser definidas, assim, regras de cooperação e troca de serviços com o escopo de montar-se uma estratégia integrada de atuação preventiva de crimes.

Mas não é só. Será de grande utilidade a realização de estudos aprimorados de criminologia, que podem ser produzidos por técnicos habilitados, através

71. DURKHEIM, Emile. As regras do método sociológico. Disponível em: [www.scribd.com/doc/3268422/As-Regras-do-Metodo-Sociologico-Emile-Durkheim]. Acesso em: 08.11.2010.

de convênios da Instituição com entidades públicas e/ou privadas, com o objetivo de conhecer a realidade das diversas comunidades em que os membros do Ministério Público atuam para, de posse desses dados, estabelecer estratégias preventivas.

Registre-se que dados coletados sobre delitos já praticados funcionam como verdadeiros indicadores sociais, na medida em que a observação empírica da realidade revela uma clara relação entre os baixos índices de desenvolvimento humano e os altos índices de criminalidade.[72]

Com o Poder Legislativo, é oportuno que o *Parquet* estabeleça um diálogo profícuo, com os fins de fornecer suporte prático embasado em sua própria experiência de realidade social para uma possível edição de leis que venham contribuir na prevenção de crimes.

O diálogo é também imprescindível com o Poder Executivo. Constitui o passo inicial para a futura adoção de políticas públicas que se dirijam à verdadeira promoção da paz social.

Essas políticas públicas podem ser ilustradas como: a implantação de "policiamento orientado para a solução de problemas" (já abordado quando se tratou da Nova Prevenção), de Conselhos de Segurança,[73] de Pesquisas de Vitimização,[74] de programas que procurem reduzir os fatores de risco à prática de violência contra crianças e adolescentes (maus-tratos, abuso sexual, abandono e negligência),[75] de programas reabilitadores para jovens que fazem

72. CONAMP. *O Ministério Público na visão de seus membros*. Disponível em: [www.conamp.org.br/Livros/O%20MINIST%C3%89RIO%20P%C3%9ABLICO%20NA%20VIS%C3%83O%20DE%20SEUS%20MEMBROS.pdf]. Acesso em: 08.11.2010.

73. Conforme Marcos Rolim, "cada município deve estruturar, de acordo com as suas características, um Conselho Municipal de Segurança, onde estarão representadas as comunidades, as entidades mais importantes da sociedade civil, as Igrejas, as escolas, além das polícias, da guarda municipal e dos demais órgãos públicos do Gabinete Integrado". Cabe-lhe definir as linhas políticas mais gerais a serem implementadas na cidade, cobrando das autoridades as iniciativas que julgue necessárias" (ROLIM, Marcos. Guia para a prevenção do crime e da violência. Disponível em: [www.rolim.com.br/2002/_pdfs/guia.pdf]. Acesso em: 08.11.2010.

74. "Tais pesquisas são realizadas com entrevistas domiciliares e procuram levantar, no conjunto da população, os casos de pessoas que foram vitimadas, dentro de um determinado período de tempo, por um ou mais crimes em uma lista que lhe é oferecida. Projetando-se as respostas positivas para o conjunto da população, chega-se a uma estimativa bem mais próxima do número real de crimes praticados no período" (idem).

75. São eminentemente necessários projetos de prevenção de abuso sexual para crianças e adolescentes, na escola e nas comunidades em geral. Para tanto, toda "a comuni-

uso de drogas e/ou que participem de gangues, campanhas de desarmamento, programas preventivos relativos à violência doméstica, racismo, homofobia, crimes de oportunidade, educação para o trânsito e outros que se façam necessários.

É importante ainda que o Ministério Público participe ou atue no sentido de reforçar programas de inclusão social de grupos vulneráveis, com especial atenção aos jovens que residem em áreas de risco, através da indução de políticas públicas voltadas à implementação de atividades esportivas, dança, oportunização de trabalho, cursos profissionalizantes, de forma a desenvolver relações de "pertencimento" e integração à sociedade.

Tais propostas encontram respaldo no fortalecimento do controle social informal proposto de T. Hirschi, e essas práticas podem, perfeitamente, ser orientadas e acompanhadas pelo Ministério Público.

Não se pode esquecer que a prevenção de crimes está na linha das diretrizes da ONU, que reconhece a necessidade da adoção de políticas preventivas através de abordagens "participativas, colaborativas e integradas, que incluam todos os envolvidos e a sociedade civil", e evidencia, para o múnus, a importância do fortalecimento das parcerias público-privadas, consoante se pode constatar da "Declaração de Salvador", emitida no 12.º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal. *In verbis*:

"28. Enfatizamos a necessidade de que todos os Estados tenham planos de ação locais e nacionais para a prevenção do crime e que estes levem em conta, *inter alia*, os fatores que posicionam certas populações em locais de alto risco de vitimização e/ou infração penal e que de uma forma plena, integrada e participatória, baseiem-se nas melhores informações disponíveis e em melhores práticas. Enfatizamos que a prevenção criminal seja um elemento integrante

---

dade precisa ser envolvida – pais, professores, administradores e estudantes". Rachel de Faria Brino e Maria das Graças Saldanha Padilha foram pioneiras na realização de pesquisas para prevenir o abuso sexual infantil envolvendo a comunidade escolar. Rachel trabalhou com quase 3.000 crianças e familiares de pré-escolas de São Carlos (São Paulo), numa parceria com a Secretaria Municipal de Educação e Cultura, quando foram formados agentes de multiplicação que ensinaram, através de uma técnica simples comportamental, crianças pré-escolares a prevenir o abuso (WILLIANS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque. Introdução ao estudo do abuso sexual infantil e análise do fenômeno no Município de São Carlos. In: _____; ARAÚJO, Eliane Aparecida Campanha (orgs.). *Prevenção do abuso sexual infantil: um enfoque interdisciplinar*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 29).

das estratégias para fomentar o desenvolvimento econômico e social de todos os Estados."[76]

Verifica-se, assim, que os princípios primordiais da Nova Prevenção, consubstanciada na "interagencialidade", foram abrigados na Declaração de Salvador, e o Ministério Público se legitima como um dos parceiros de competência ímpar para a realização do novo paradigma de prevenção de delitos.

Sem dúvida que o equilíbrio da difícil missão de prevenir a criminalidade, em vista dos diversos fatores que envolve, somente pode ser pretendido mediante múltiplas intervenções, através de áreas distintas e de maneira transversal.[77]

Não se pode imaginar, todavia, que o crime poderá ser de todo extirpado da sociedade humana. Como afirmou Claus Roxin "nunca será possível acabar completamente com a criminalidade".[78] Contudo, o Estado deve criar políticas públicas de prevenção e orientar a sua implementação. Ademais, os custos econômicos e sociais da prevenção são extremamente menores do que os da repressão.[79] Porém, para prevenir é preciso acreditar na redução da criminalidade através de ações que a evitem na gênese.

Daí sobressair-se o importante papel do Ministério Público, como agente político, guardião dos interesses sociais e individuais indisponíveis, na prevenção de delitos. Sabe-se que a área da prevenção de crimes é nova para a Instituição, que sempre agiu após a prática do ilícito na movimentação da ação penal pública e o seu acompanhamento processual, mas é indispensável que a sua atuação caminhe sob o novo paradigma. Todos estarão ganhando nessa empreitada. Eis o grande desafio do *Parquet* do século XXI.

5. CONCLUSÃO

1. A Constituição Federal de 1988 confiou ao Ministério Público papel político de extrema importância na construção do novo Estado Democrático de Direito ali inaugurado. Para tanto, conferiu-lhe, em compasso com as leis in-

76. ONU. 12.º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal. Disponível em: [www.crimecongress2010.com.br/portal/site/documentos-oficiais-1/declaracao-de-salvador]. Acesso em: 09.11.2010.

77. SICA, Ana Paula Zomer. Op. cit., p. 154.

78. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega Universidade, 2004. p. 42.

79. SICA, Ana Paula Zomer. Op. cit., p. 154.

fraconstitucionais (LC 75/1993 e Lei 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), mecanismos de ação judicial e extrajudicial para a proteção e efetivação dos direitos sociais e individuais indisponíveis inexistentes na legislação pretérita. Com isso, percebe-se que foi outorgada à Instituição a tarefa de utilizar o direito como instrumento de transformação da realidade social.

2. Quando o Poder Público deixa de agraciar a sociedade com a implementação de programas que se destinem à consecução dos direitos fundamentais, o Ministério Público está legitimado a promover as ações pertinentes, tanto no âmbito extrajudicial como no judicial, para restabelecer o necessário respeito à Carta Magna.

3. Faz parte das atribuições do Ministério Público a sua participação em todos os assuntos ligados ao fato criminoso e à segurança pública, entendida como direito fundamental, a começar pela prevenção, seja administrativamente, através de contatos com órgãos oficiais, seja judicialmente, por meio da ação civil pública. Os membros do *Parquet* contam ainda com outros instrumentos jurídicos, como o inquérito civil, a recomendação, as audiências públicas e os termos de ajustamento de conduta.

4. Constata-se, hodiernamente, que o sistema normativo penal não vem conseguindo garantir a proteção dos bens jurídicos da maioria da população. O efeito dissuasório da pena está sendo substituído, com sucesso, por novas formas de prevenção, as quais se caracterizam por agir diretamente na raiz do conflito.

5. A Nova Prevenção, hipótese teórica introduzida no início dos anos de 1990, pela *Revista Sicurezza e Território*, dirigida por Massimo Pavarini, faz parte de uma interpretação interdisciplinar, que visa postular a transversalidade das políticas públicas, a serem orientadas para a segurança dos cidadãos. Através dessa nova forma de prevenção, que se funda na interagencialidade, o Ministério Público encontra um norte para promover a prevenção de crimes em parceria com a sociedade civil e o Poder Público.

6. A indução e fiscalização de políticas públicas necessárias à prevenção de crimes também integram o arsenal das atribuições ministeriais, e se destinam a reduzir a violência e criminalidade em geral, através do fortalecimento do controle social informal, como proposto por T. Hirschi. A repressão, que se perfaz pelo acionamento da máquina estatal, só se justifica se, depois de esgotadas as instâncias preventivas, não foi possível evitar o delito.

7. A implantação de um policiamento orientado para a solução de problemas, de Conselhos de Segurança, de Pesquisas de Vitimização, de programas que procurem reduzir os fatores de risco à prática de violência contra crianças

e adolescentes (maus-tratos, abuso sexual, abandono e negligência), de programas reabilitadores para jovens que fazem uso de drogas e/ou que participem de gangues, campanhas de desarmamento, programas preventivos relativos à violência doméstica, racismo, homofobia, crimes de oportunidade, e de educação para o trânsito são exemplos de programas de prevenção da criminalidade, da competência do Poder Executivo que podem ser induzidos e fiscalizados pelo Ministério Público.

Conhecendo-se, pois, o arsenal de atribuições do Ministério Público, guardião dos interesses sociais e individuais indisponíveis, imagina-se que ele já realiza muitas ações dirigidas à prevenção de crimes, pois trabalha em prol da cidadania, infância e juventude e outros direitos difusos e coletivos, que repercutem direta ou indiretamente na prevenção de delitos.

Todavia, é preciso reconhecer a necessidade de avançar muito mais, através de um trabalho integrado de seus membros, em nível institucional, o que irá permitir o diagnóstico das necessidades da sociedade e implementar um plano de ação, que envolva a área federal e estadual, e possibilite movimentar a máquina estatal e a comunidade, de forma legítima, no sentido da produção de ações eficazes que venham a criar obstáculos ao cometimento de ilícitos penais.

Está lançado, assim, o desafio da Instituição, neste século, sob o paradigma da Nova Prevenção de Crimes.

6. REFERÊNCIAS

AGUIAR, Cláudio Tenório Figueiredo. O Ministério Público e a implementação de políticas públicas – Dever institucional de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. In: VILLELA, Patrícia (org.). *Ministério Público e Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Do (pre)conceito liberal a um novo conceito de cidadania: pela mudança do senso comum sobre cidadania. *Sistema penal máximo X cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARREIRAS, Mariana Barros. Controle social informal X controle social formal. In: SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (orgs.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Deoclesiano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm]. Acesso em: 08.11.2010.

_____. Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm]. Acesso em: 08.11.2010.

_____. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm]. Acesso em: 08.11.2010.

_____. Ministério da Justiça. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/pronasci/data/Pages/MJE24D0EE7ITEMIDAF1131EAD238415B96108A0B8A-0E7398PTBRIE.htm]. Acesso em: 24.10.2010.

_____. Ministério Público do Estado da Bahia. Disponível em: [www.mp.ba.gov.br/atuacao/infancia/campanhas.asp] e [www.mp.ba.gov.br/atuacao/infancia/eduque.asp]. Acesso em: 04.11.2010.

_____. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: [www.mpdft.gov.br/portal/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=193&Itemid=312]. Acesso em: 25.11.2010.

_____. Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Disponível em: [www.mpes.gov.br/anexos/centros_apoio/arquivos/14_21141546251292007_PLANO%20DE%20A%C3%87%C3%83O%20CACR%202006.doc]. Acesso em: 07.11.2010.

_____. Ministério Público do Estado de São Paulo. Ministério Público expõe sobre Promotoria Comunitária em Congresso da ONU. Disponível em: [www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2010/Abril_10/MP-SP%20exp%C3%B5e%20sobre%20Promotoria%20Comunit%C3%A1ria%20em%20Congresso%20da%20ONU]. Acesso em: 07.11.2010.

CONAMP. O Ministério Público na visão de seus membros. Disponível em: [www.conamp.org.br/Livros/O%20MINIST%C3%89RIO%20P%C3%9ABLICO%20NA%20VIS%C3%83O%20DE%20SEUS%20MEMBROS.pdf]. Acesso em: 08.11.2010.

DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz. Atuação extrajudicial do Ministério Público: dever ou faculdade de agir. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS NETO, Theodomiro. A nova prevenção: uma política integrada de segurança urbana. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisioando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Boiteux, 2002. vol. 1.

_____. Segurança pública: um conceito a ser repensado. *Boletim IBCCRIM*. n. 58. São Paulo: IBCCrim, set. 1997.

DIMOULIS, Dimitri. Sociedade civil, direitos fundamentais e emancipação: reflexões a partir da obra de Alessandro Baratta. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisioando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Boiteux, 2002. vol. 1.

DURKHEIM, Emile. As regras do método sociológico. Disponível em: [www.scribd.com/doc/3268422/As-Regras-do-Metodo-Sociologico-Emile-Durkheim]. Acesso em: 08.11.2010.

ERNESTO, Leandro Miranda. O policiamento comunitário reduz a violência social? *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. Disponível em: [www2.forumseguranca.org.br/node/22255]. Acesso em: 31.10.2010.

FREITAS, Vagner Cinelli de Paula. *Espaço urbano e criminalidade: lições da Escola de Chicago*. São Paulo: Método, 2004.

GARCIA, Emerson. *O Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Criminologia: introdução aos seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 5. ed. Trad. primeira parte Luiz Flávio Gomes e Davi Tangerino. São Paulo: Ed. RT, 2006.

GOMES, Décio Alonso. Política criminal brasileira e o papel do Ministério Público. In: Villela, Patrícia (org.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de princípios institucionais do Ministério Público*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: princípios metafísicos da doutrina do direito. Parte I*. Trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LISZT, Franz von. *A idéia do fim no direito penal*. São Paulo: Rideel, 2005.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997.

MAZZILI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *O promotor de justiça e o atendimento ao público*. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Ed. RT, 1989.

Ministério Público Democrático. *Revista do MPD*. n. 27. São Paulo: Ministério Público Democrático, nov. 2009.

MORAES, Bismael B. *Prevenção criminal ou conivência com o crime: uma análise brasileira*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

NEVES, Sheilla M. da G. C. das. *Penas restritivas de direitos: alternativa de punição justa*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. Perspectivas da criminologia contemporânea em torno da prevenção do delito. *IBCCrim*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/]. Acesso em: 25.10.2010.

ONU. 12.º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal. Disponível em: [www.crimecongress2010.com.br/portal/site/documentos-oficiais-1/declaracao-de-salvador]. Acesso em: 09.11.2010.

ORTEGA Y GASSET, José. *O homem e a gente – Inter-comunicação humana*. 2. ed. Nota introdutória e trad. J. Carlos Lisboa. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1973.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos estudos*. n. 68. p. 39-60. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento – Cebrap, mar. 2004.

PITA, Cristina Santos. Fabricação ilegal de fogos segue impune em Santo Antônio de Jesus. *Jornal A Tarde*, A8, 04.11.2010.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REIS, José Carlos Vasconcelos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REZENDE FILHO, Gabriel de. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. vol. 1.

ROLIM, Marcos. Guia para a prevenção do crime e da violência. Disponível em: [www.rolim.com.br/2002/_pdfs/guia.pdf]. Acesso em: 08.11.2010.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega Universidade, 2004.

SANTIN, Valter Foleto. A participação do Ministério Público e do cidadão na política de segurança pública. *Justitia*. São Paulo, 63 (193), jan.-mar. 2001. BDJur. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/23557/participacao_ministerio_publico_cidadao.pdf?sequence=4]. Acesso em: 10.10.2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

SICA, Ana Paula Zomer. *Prevenção criminal: análise de políticas extrapenais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOARES FILHO, Almiro Sena. *O desenvolvimento humano e a negação do racismo no Brasil*. Dissertação de mestrado em Desenvolvimento Humano e Responsabilidade Social, Salvador, Fundação Visconde de Cairu, 2009.

TARIN, Denise. A aliança entre o Ministério Público e a sociedade civil na definição de políticas públicas. In: VILLELA, Patrícia (org.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VASCONCELOS, Hieros. Turismo sexual é preocupação para a Copa. *Jornal A Tarde*, A8, 04.11.2010.

VIANA, Itana. Sociabilidade e violência programa de redução de danos sociais. In: LOPES, Regina Trindade; SOARES, Antônio Mateus de Carvalho; SANTOS, José Raimundo de; LIMA NETO, Fernando Cardoso; FERREIRA, Adailton B. G.; ESPINHEIRA, Gey (coords.). *Sociabilidade e violência: criminalidade no cotidiano de vida dos moradores do subúrbio ferroviário de Salvador*. Salvador: Ministério Público do Estado da Bahia/UFBA, 2004.

WILLIANS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque. Introdução ao estudo do abuso sexual infantil e análise do fenômeno no Município de São Carlos. In: _____; ARAÚJO, Eliane Aparecida Campanha (orgs.). *Prevenção do abuso sexual infantil: um enfoque interdisciplinar*. Curitiba: Juruá, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A atuação criminal do Ministério Público: entre a tradição e a efetividade, de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves – *RBCCrim* 46/142;
- Da prevenção penal à "nova prevenção", de Cristina Maria Zackseski – *RBCCrim* 29/167;
- Lineamentos sobre a teoria da prevenção geral da pena, de Hidemberg Alves da Frota – *RBCCrim* 45/134; e
- Proteção e garantia dos direitos humanos: alguns aspectos da atuação do Ministério Público, de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen – *RDCI* 41/199.

60324

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

1

The criminal liability of the legal entity

ALINE BARANDAS

Discente do 5.º ano de Direito da Universidade Estadual de Maringá - UEM.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Foi estudado o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em especial para fins de imputação subjetiva nos delitos praticados por meio do ente coletivo. O instituto foi analisado à luz dos princípios penais constitucionais e da teoria do delito a fim de verificação de sua adequação ao atual sistema jurídico penal brasileiro. O resultado obtido foi sua incompatibilidade com a hodierna dogmática do Direito Penal, com seus princípios norteadores e vigas mestras. Através de uma interpretação lógico-sistemática do texto constitucional chega-se à conclusão que tal instituto é repudiado pela Constituição Federal, sendo, portanto, inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade penal subjetiva - Pessoa jurídica - Princípios constitucionais - Culpabilidade.

ABSTRACT: The institution of criminal liability of legal entities was studied within the Brazilian legal system, in particular for the subjective attribution of crimes, committed through a collective entity. The institution was analyzed under the constitutional criminal principles and under the theory of crime to verify its suitability for the current criminal justice system in Brazil. As a result its incompatibility with the current dogma of Criminal Law was determined, together with its guiding principles and pillars. By means of a logical and systematic interpretation of the Constitution, the conclusion is that such an institution is rejected by the Federal Constitution and therefore unconstitutional.

KEYWORDS: Subjective criminal liability - Legal entity - Constitutional principles - Culpability.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade da pessoa jurídica: problema constitucional: 2.1 A interpretação do art. 225, § 3.º e a ofensa aos princípios e garantias constitucionais norteadoras do Direito Penal; 2.2 Interpretação gramatical e a instituição da responsabilidade penal do ente coletivo; 2.3 Interpretação lógico-sistemática do texto constitucional e a irresponsabilidade penal do ente coletivo – 3. Da responsabilidade penal da pessoa jurídica: 3.1 O Direito Penal brasileiro – Evolução histórica da responsabilidade penal; 3.2 Responsabilidade penal da pessoa jurídica na dogmática penal brasileira: 3.2.1 Conceito; 3.2.2 Questão de político-criminal; 3.2.3 Capacidade de ação/omissão; 3.2.4 Culpabilidade da pessoa jurídica; 3.2.5 Da capacidade de pena; 3.2.6 Aplicação das sanções penais e de outras sanções – O Direito Administrativo Repressivo; 3.2.7 Banalização do Direito Penal – 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes econômicos[1-2] não está ainda positivada no ordenamento brasileiro, não obstante haja muitas vozes que clamam pelo instituto disposto em norma constitucional (art. 225, § 3.º), que visa puni-la por crimes ambientais. Utilizam-se da Lei 9.605/1998, mesmo sem haver posição pacificada quanto a esta.

Em se supondo haver responsabilidade penal da pessoa jurídica para crimes ambientais, esta não subsistiria para os crimes econômicos, uma vez que o art. 173, § 5.º, da CF brasileira sequer menciona esta espécie de responsabilidade. Do mesmo modo o art. 11 da Lei 8.137/1990 (crimes tributários) e o art. 25 da Lei 7.492/1976 (crimes contra a ordem financeira, recepcionada pela Carta Magna de 1988) não a preveem.

Em regra, a pessoa jurídica não tem capacidade de ser responsabilizada penalmente, uma vez que o ordenamento jurídico penal brasileiro guia-se pela responsabilidade penal subjetiva, para que alguém seja considerado autor de delito é preciso haver culpabilidade.

A pessoa coletiva não é dotada de vontade própria e capacidade de agir, ela necessita, inexoravelmente, de uma pessoa natural para realizar este e qualquer outro fato.

---

1. Projeto de pesquisa desenvolvido sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Regis Prado.
2. No presente estudo o vocábulo "responsabilidade" fora tratado como a capacidade de imputação do ente coletivo, buscou-se, portanto, ao longo da explanação demonstrar a impossibilidade de imputação, isto é, sua irresponsabilidade penal, tanto por sua incapacidade de ação/omissão quanto por sua incapacidade de pena, sob a ótica da dificuldade de apená-lo e de se chegar aos efeitos punitivos almejados pelo Direito Penal. De modo que os diversos argumentos trazidos a lume visam chegar a uma conclusão comum, qual seja. a irresponsabilidade penal da pessoa jurídica.

Buscar punir de maneira subjetiva os delitos tributários causados pelas pessoas jurídicas é fazer cumprir todos os requisitos do delito (ação/omissão típica, ilícita e culpável), além de dar a resposta buscada pela sociedade sobre quem é o verdadeiro criminoso, o nome e sobrenome daquele que desfalca as verbas públicas, e não qual a empresa que pratica tal conduta, pois esta sem o agente é inerte, é incorrupta.

É preciso que se responsabilize o verdadeiro sujeito, o agente que se utiliza daquela personalidade jurídica, seja ele seu administrador, seu representante ou seu verdadeiro dono (aquele que está no topo da cadeia hierárquica e que na maioria das vezes não aparece).

Os países de tradição costumeira, pragmática, admitem, desde há muito tempo, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, eles seguem o princípio *societas delinquere potest*, em contraposição dos sistemas de origem romana, que considerados mais tradicionais, em sua maioria, não adotam esse princípio.

Dar-se-á maior atenção e destaque ao posicionamento doutrinário que luta pela responsabilidade subjetiva, sem esbarrar na responsabilidade objetiva, verificando quem foi o autêntico responsável pela conduta delitiva. É mais fácil responsabilizar o ente coletivo, ou aquele nomeado no contrato social como seu representante, do que proceder todas as diligências necessárias, geralmente penosas, para encontrar os sujeitos que através do escudo "empresa" agem delituosamente.

2. RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA: PROBLEMA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 é o marco da retomada brasileira à democracia, um documento liberal, que traz direitos como a liberdade na economia, defende a livre concorrência, a propriedade privada, a liberdade no exercício profissional e a divisão mais igualitária dos resultados econômicos. É eminentemente garantista ao prever mecanismos que protegem estes institutos liberais presentes em seu art. 170.[3]

Dentre eles está o que se chama de "mão intervencionista do Estado". Para não se contradizer com a liberdade defendida, ela deve atuar de maneira sutil nas relações jurídicas, a fim de garantir o cumprimento de seus princípios e fundamentos, "(...) o Direito Constitucional (...) estabelece as condições sob as quais o Estado deve exercer o poder sancionador".[4]

3. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 30-31.

4. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 40.

Como bem explica o professor Prado: "(...) a intervenção estatal direta no domínio econômico só ocorrerá nos casos de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, conforme dispõe o art. 173 da Carta Magna".[5]

No art. 170 da CF o Estado garante a livre iniciativa e o livre exercício de qualquer atividade econômica, no entanto, como nos ensina Moraes:

"Apesar de o texto constitucional de 1988 ter consagrado uma economia descentralizada, de mercado, autorizou o Estado a intervir no domínio econômico como agente normativo e regulador, com *a finalidade de exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento* indicativo ao setor privado, sempre com fiel observância aos princípios constitucionais da ordem econômica."[6]

No mesmo sentido salienta Coracini que o fim do direito econômico é "(...) zelar pelo correto funcionamento do mercado de consumo e de capitais, coibindo os abusos de poder econômico".[7]

A sutil intervenção nas relações econômicas é feita com o escopo de garantir a existência de uma economia digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, CF). Observando os princípios presentes neste mesmo artigo, é possível constatar o princípio da "livre iniciativa" e do livre exercício de qualquer atividade econômica.

A proteção constitucional dos agentes econômicos garante melhor condição de vida aos brasileiros, o que leva a enxergar a falta de nexo no sentido da própria Constituição Federal querer imputar à pessoa jurídica responsabilidade penal (por meio dos arts. 225, § 3.º e 173, § 5.º), como sugerem alguns,[8] já que uma pena imputada ao ente coletivo o reprimiria de sua função na socie-

5. Op. cit., p. 31.

6. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 811, grifo nosso.

7. Apud PRADO, op. cit., p. 436.

8. "(...) no Brasil, a Constituição de 1988, em seus arts. 173, § 5.º, e 225, § 3.º, outorgou ao legislador ordinário poderes para a instituição dessa forma de responsabilidade" (ARAUJO JR., João Marcelo. *Societas delinquere postest* – Revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999. Coleção Temas Atuais de Direito Criminal, vol. 2, p. 87).
"(...) a nosso juízo não há dúvida de que a Constituição estabeleceu a responsabilidade penal da pessoa jurídica" (SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). Op. cit., p. 135).

dade. Como salienta Prado: "(...) o problema da criminalidade econômica deve ser tratado como hipótese de imputação delitiva individual, inclusive para salvaguardar os princípios penais fundamentais diante do poder político".[9]

Tal interpretação é incompatível com o atual Estado Social Democrático de Direito em que vive o Brasil e com seu sistema penal. O fato do Brasil ter se declarado República – *res publica* – "coisa do povo", quer dizer que ele se opõe a qualquer fato tirânico, que ele é feito do povo e para o povo. Entende-se, portanto, como tirânica a atitude política e imediatista de responsabilizar penalmente o ente moral, ficto, que só existe no mundo jurídico, sem sequer adequar o sistema punitivo vigente ao instituto em questão.

Essa responsabilidade foge do escopo almejado pela nação desde sua raiz, a população não quer ver a simbólica pessoa jurídica ser penalizada, mas sim o sujeito ativo/agente, que deve ser investigado e julgado como culpado por aquele delito. Vale lembrar Cernichiaro e Costa Jr.: "(...) a cultura atual, cada vez mais cosmopolita, reclama outro tratamento. Busca efetivar o reclamado ideal de justiça. A pena somente deve ser imposta ao autor da infração penal".[10]

O Estado de Direito "(...) se conduz segundo princípios superiores e tutelares da liberdade e do respeito à pessoa humana".[11] Lutar pela imputação subjetiva em crimes que envolvam a pessoa jurídica é lutar pelos ideais mais claros da nossa lei, buscar punir e corrigir com proporcionalidade o agente culpado por desvirtuar a sociedade, sem crueldade ou ato *desumano*. Apenar o ente coletivo é distorcer a voz do constituinte a favor de uma política pragmática e imediatista.

2.1 A interpretação do art. 225, § 3.º e a ofensa aos princípios e garantias constitucionais norteadoras do Direito Penal

Para se ter claro os valores constitucionais, ou para saber quais são as bases do nosso sistema legal, é preciso interpretar a Constituição Federal como um todo, cada norma traz um pouco daquilo que se busca na sociedade brasileira, elas devem se completar e complementar, jamais se contrapor, e é através desta

9. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1.º a 120*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 440.

10. CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 1990, p. 73.

11. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 469.

interpretação que chegamos à responsabilidade penal subjetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Veja que "(...) o dispositivo em tela [art. 225, § 3.º] deve ser interpretado em conjunto com o art. 5.º da Constituição que prevê a responsabilidade penal apenas da pessoa física".[12]

Ressalte-se que o fim desta discussão não é uma interpretação clássica sem a atualização da Constituição à sociedade em que se fundamenta, mas evitar a elasticidade de interpretações perniciosas que criam novos valores *contra legem*, ao se dizer que:

"(...) o que se tem é uma nova ordem constitucional permitindo que, nos casos específicos previstos na Constituição Federal (arts. 173 e 225), para que se possa aumentar o leque de atuação do Direito Penal, se atinja a pessoa jurídica, em sua responsabilidade penal."[13]

Importa ressaltar que "no Estado de Direito democrático e social, o predomínio do ser humano deve ser indiscutível; há de ser sempre o fim precípuo de toda atividade estatal".[14]

A democracia é o regime que garante aos brasileiros a efetividade dos direitos fundamentais pautados na Constituição Federal, entre eles o da pessoalidade da pena, art. 5.º, XLV: "nenhuma pena passará da pessoa do condenado". Deste modo, não se pode estender a pena a outras pessoas.

Ao imputar sanções penais às pessoas jurídicas se imporia a outras pessoas o efeito da condenação, entre elas os empregados da empresa, se, por exemplo, a atividade laboral viesse a ser suspensa ou interrompida. Do mesmo modo responderão os consumidores e todo o corpo administrativo daquela entidade.[15]

Além deste ser um exemplo claro de responsabilidade penal objetiva, repudiada pelos princípios constitucionais democráticos, afronta o princípio da

---

12. SILVA, Guilherme José Ferreira da. *Incapacidade criminal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 86.

13. MIGLIARI JR., Arthur. *Crimes ambientais: Lei 9.605/98, novas disposições gerais e penais: concurso de pessoas, responsabilidade penal da pessoa jurídica, desconsideração da personalidade jurídica*. 2. ed. Campinas: CS Edições, 2004, p. 88.

14. PRADO, Curso de direito penal brasileiro... cit., p. 389.

15. Pensamento compartilhado por: DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. In: _____; PRADO, Luiz Regis (coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 165-166.

culpabilidade (arts. 4.°, II e 5.°, *caput*) e também o valor fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1.°, III).[16] Estes princípios:

"(...) têm a função de orientar ao legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, em *Direito Penal mínimo* e garantista" (LOPES, 1999, p. 73).

Veja que, em razão de delitos cometidos por mãos alheias que utilizam da pessoa jurídica para atingir o fim colimado, o legislador prevê como pena o encerramento de suas atividades (art. 8.°, III, da Lei 9.605/1998).

É desmedida a previsão da pena de morte para a pessoa jurídica na lei ambiental, pois além de ser claramente inconstitucional – porque é pena proibida pela Constituição (art. 5.°, XLVII, *a*), acarreta desequilíbrio à ordem econômica do Estado e prejudica a arrecadação tributária do erário, prejudicando a sociedade como um todo (coletividade) se pensarmos nos princípios elencados no art. 170 da CF/1988. Como salienta o Prof. Prado:

"(...) as penas de suspensão de atividade (art. 22, § 1.°) e de dissolução forçada (art. 24) – verdadeira *pena de morte* da empresa –, em geral, não afetam única e exclusivamente aos autores do crime, sendo que a aplicação dessas sanções pode ensejar sérios problemas sociais (v.g., desemprego)."[17]

Ao realizar a leitura sobre as garantias trazidas pela Constituição Federal ao apenado no art. 5.°, fica claro que a responsabilidade penal é inerente aos seres humanos, visto que:

"(...) nenhum princípio constitucional deve ser considerado isolado ou autossuficiente. A Constituição é uma lei sistematizada em um conjunto de normas que (...) harmonizam-se para adquirir um significado conjunto, para ser pleno, inteiro."[18]

Na interpretação do texto constitucional deve-se ter em mente que nenhuma das palavras postas está por adorno e sim que cada uma delas traz a devida importância almejada pelo constituinte, "(...) as palavras de uma Constituição devem ser tomadas em sua acepção natural e óbvia, evitando-se o indevido alargamento ou restrição de seu significado".[19]

---

16. PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente. Anotações à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 36.
17. Crimes contra o ambiente... cit., p. 44-45.
18. LOPES, op. cit., p. 131.
19. BONAVIDES, op. cit., p. 470.

O inc. XLVIII do art. 5.º da CF traz a garantia de que o punido penalmente cumprirá sua condenação em estabelecimentos distintos, de acordo com a gravidade do delito cometido e pela sua *idade e sexo*, isto é por suas características fisiológicas, humanas. A Constituição Federal brasileira em vigor não reconhece a capacidade punitiva das pessoas jurídicas.

No inciso seguinte está resguardado o direito à integridade física do apenado. Como enxergar integridade física do ente moral? Posteriormente, o inc. L fala de filhos e do direito de amamentá-los. Fica evidente a destinação que o Direito Penal tem aos sujeitos, as pessoas físicas da sociedade brasileira.

Esse entendimento também está manifestado no inc. XLV, pelo princípio da pessoalidade da pena, como Prado nos ensina: "A responsabilidade penal é sempre *pessoal* ou *subjetiva* – própria do ser humano –, e decorrente apenas de sua ação ou omissão, não sendo admitida nenhuma outra forma ou espécie".[20] Assim, é implícito que o direito à segurança é direito fundamental do indivíduo.

Esse inciso diz respeito ao princípio da culpabilidade, elemento que constitui o delito, ele é um fenômeno isolado, individual, que afeta somente o autor do delito.[21] Sem ele teríamos a responsabilidade penal objetiva – em que "(...) o agente, responde, pelo simples fato de ter causado materialmente o evento, sem qualquer liame psicológico".[22] Esse princípio busca proteger a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), os direitos fundamentais (alguns aqui já citados – art. 4.º, II), a liberdade e a igualdade (art. 5.º, *caput*), isto é, veda a penalização daquele que age sem dolo ou culpa.

Os princípios explícitos e implícitos na Constituição Federal, que embasam a ordem jurídica penal, situam a posição do ser humano no sistema penal brasileiro. São princípios garantidores e protetores dos valores transindividuais e da dignidade da pessoa humana.

Portanto, fica claro o posicionamento constitucional contrário à responsabilidade penal da pessoa jurídica, por meio de seus princípios basilares, direitos e garantias fundamentais.

O Direito Penal é feito somente para a pessoa natural, "(...) sólo ésta [pessoa física] puede ser destinatario de una norma, sujeto de una infracción y de una sanción",[23] uma vez que todos os seus princípios "(...) tomam o homem

20. PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*... cit., p. 144.

21. LOPES, op. cit., p. 99.

22. Idem, p. 101.

23. MARTÍN, Luis Gracia. La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coords.). Op. cit., p. 113.

como referência. Convergem para a preservação do direito de liberdade, reflexo dos Princípios dos Direitos Humanos".[24]

De modo diverso do defendido pelo Prof. Migliari Jr., a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é um passo incontestável para evolução mundial, a não ser do ponto de vista político, que pouco visualiza os institutos do Direito Penal brasileiro.

Também não se trata de modernizar os institutos para combater a criminalização,[25] mas sim de buscar a pessoa racional que arquitetou o delito utilizando-se da pessoa moral, que pelo sistema penal vigente, não tem capacidade de ação.

2.2 Interpretação gramatical e a instituição da responsabilidade penal do ente coletivo

Ao falar das características do agir político na hora de confeccionar as leis penais, Fabiano Augusto, consultor legislativo do Senado, deixa claro a falta de visão dos parlamentares aos valores embasados em nossa sociedade: "O legislador não tem visão do todo do sistema normativo penal (...) são pouco contabilizadas as contradições (...)".[26] Quiçá seja esta a justificativa para o art. 3.º da Lei 9.605/1998.

O político não se preocupa em analisar se a norma escrita por ele está coerente com os princípios e objetivos do Direito Penal ou não. Ao confeccionar novas leis penais, o legislador deve se nortear pelos princípios primários do Direito Penal (legalidade, intervenção mínima, insignificância, taxatividade, lesividade, culpabilidade e humanidade),[27] se preocupar com a integração do ordenamento jurídico para não criar normas *contra legem*.

É preciso complementar esta visão limitada do legislador com os supracitados princípios esquecidos por ele, trabalho este destinado à doutrina e aos aplicadores do direito, que muitas vezes acabam se dividindo ao interpretar estas normas.

Há doutrinadores que defendem a imputação da pessoa jurídica e se baseiam nos arts. 225, § 3.º e 173, § 5.º, da CF, interpretando-os de maneira su-

24. Idem, p. 138.

25. MIGLIARI JR., op. cit.

26. SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O diálogo entre ciência e política no processo de formação das leis penais. *Revista de Informação Legislativa*. n. 186, vol. 47, p. 7-28.

27. LOPES, op. cit., p. 75.

perficialmente gramatical[28] ou usando do princípio da isonomia para estender sua aplicação e defender a punibilidade da pessoa jurídica.[29]

Da análise do art. 223, § 5.º, da CF vê-se que "(...) o dispositivo em tela refere-se, claramente, a conduta/atividade e, em sequência, a pessoas físicas ou jurídicas",[30] o que implica em dizer que conduta se refere a pessoas físicas, enquanto atividade se refere a pessoas jurídicas, e que ambas não são sinônimos, como acredita a corrente doutrinária que defende a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, logo, sob outra ótica da interpretação gramatical temos que:

"(...) a) as *condutas* de *pessoas físicas* sujeitarão os infratores a *sanções penais*; b) as *atividades* de *pessoas jurídicas* sujeitarão os infratores a *sanções administrativas*. Afinal, a lei não contém palavras inúteis, e o uso de *sinônimos* na lei seria uma inutilidade incompatível com a técnica legislativa e com a inteligência do legislador."[31]

Por outro lado, nas palavras do Prof. José Afonso da Silva vimos que:

"(...) a cognição do real alcance de uma norma penal não se esgota na interpretação gramatical, devendo o intérprete se valer de outros elementos para aferir o verdadeiro sentido da Lei e sua autêntica colocação no ordenamento jurídico."[32]

As normas de uma Constituição sócio-democrática, como a brasileira, têm que ser interpretadas sempre segundo seus princípios e, se versarem de matéria penal, à luz de seus princípios primários, para não ferir os preceitos do Estado Democrático de Direito Material que o Brasil vive – os princípios constitucionais "(...) cumprem função orientadora do trabalho interpretativo".[33]

---

28. Para esclarecimentos: "O método de interpretação gramatical, também conhecido debaixo das designações de interpretação filológica, literal ou léxica, supõe uma análise ou averiguação do teor da lei. Está volvida sobretudo para o significado literal das palavras, que se examinam isoladamente ou no contexto da frase, mediante o emprego de meios gramaticais e etimológicos" (BONAVIDES, op. cit., p. 440)

29. MIGLIARI JR., op. cit., p. 90.

30. PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: _____; DOTTI, René Ariel (coords.). Op. cit., p. 147.

31. SANTOS, Juarez Cirino. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coords.). Op. cit., p. 269.

32. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 88.

33. LOPES, op. cit., p. 117. E ainda: "*Princípio* é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre

Segundo Bonavides: "Em matéria constitucional é muito difícil, senão impossível, estabelecer critérios absolutos de interpretação".[34] Por isso é interessante buscar dentre os métodos utilizados pelos hermeneutas o mais adequado, que nesta situação, a nosso ver, é o método lógico-sistemático.

2.3 Interpretação lógico-sistemática do texto constitucional e a irresponsabilidade penal do ente coletivo

O método lógico-sistemático configura-se em um método moderno voltado para o espírito da lei, não somente para a letra: "(...) realça o sentido das sentenças, inclusive aquele que emana não só do texto legal analisado, mas também deste dentro das relações de coordenação e subordinação com os demais textos normativos",[35] analisa a norma jurídica "(...) com as demais normas integrantes do sistema, quer situada no mesmo patamar de hierarquia, quer situada em patamar superior (...) é a análise da norma jurídica como parte do sistema, (...) implica a interpretação do sistema, como um todo",[36] por isso sempre liga a norma aos princípios de direito, precipuamente os que embasam a Constituição Federal.

Por esta interpretação se busca "(...) apurar o sentido e o alcance da norma, a intenção do legislador (...), com abandono dos elementos puramente verbais (...) uma lei não existe isoladamente e deve ser interpretada em conjunto com outras pertencentes à mesma província do direito."[37]

A consequência principal deste método interpretativo é a integração perfeita da norma estudada com o ordenamento jurídico e seus princípios e o afastamento de qualquer antinomia, cumprindo os objetivos de um Estado Democrático de Direito.

Por princípios de direito que embasam a Constituição Federal entende-se "(...) mandamento nuclear de um sistema",[38] ou seja, todas as demais normas

---

diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência", p. 115.

34. Op. cit., p. 461.

35. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74.

36. Idem, p. 76.

37. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: parte geral*. 10. ed. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 1., p. 25.

38. SILVA, José Afonso, op. cit., p. 91.

são desdobramentos delas, e em suas palavras trazem como mensagem a postura do país frente à política e à jurisdição, os valores que o país defende e quer ver presente em todas as relações humanas, por isso estas normas devem ser observadas por todas as demais, para não se tornarem normas fora do ordenamento axiológico brasileiro e em corolário serem expulsas dele.

Corrobora com este pensamento da constitucionalista Cármen Rocha:

"Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo direito em princípios. Adotados pelo constituinte sedimentam-se nas normas, tornando-se então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas-mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional (...). Neles estão o espírito e os fins do sistema. Indicam eles – ou antes demonstram – a tendência ideológica do sistema jurídico, determinando primária e originariamente a concretização do que eles expressam no conjunto de normas jurídicas. (...) O princípio sediado na norma constitucional é que objetiva o conteúdo do Direito a ser observado na sociedade estatal. (...) O complexo principiológico que fundamenta o sistema constitucional estabelece a gênese das regulações específicas e concretas, mas não as determina em si mesmas, senão dirigindo o seu conteúdo (que virá em outras normas) e excluindo qualquer ditame jurídico que lhe contrarie a diretriz. (...) há que se manter a coerência entre os princípios constitucionalmente firmados no sistema fundamental e as necessidades, aspirações e ideais projetados pelo povo (...)."[39]

Portanto, a interpretação a ser feita do art. 225, § 3.º, da CF deve se pautar nos princípios constitucionais e na Constituição como um todo, para se chegar à verdadeira vontade do constituinte.

Ao tentar atribuir a este dispositivo a inauguração da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento brasileiro, o intérprete esbarra no obstáculo dos princípios, lecionam Cernichiaro e Costa Jr.: "Direito Penal, nos termos da Constituição, sem respaldo desses princípios, não é Direito Penal"[40] e ainda: "Se fosse propósito do constituinte definir-se quanto ao tema, evidentemente tê-lo-ia feito de maneira explícita, considerados o relevo e a polêmica da matéria, no capítulo que definiu os princípios do Direito Penal".[41]

---

39. Apud LOPES, op. cit., p. 126-132.
40. Op. cit., p. 138
41. Idem, p. 140.

De modo que pela nossa Constituição Federal a pessoa jurídica só é capaz de receber sanções administrativas e civis, as disposições em contrário devem ser tidas como inconstitucionais,[42] uma vez que caminham contra a lei constituinte e seus princípios fundamentais construtores do Estado Democrático de Direito.

3. DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

O Direito Penal brasileiro como romanista, tem sua origem na tradição do sistema continental, e este teve como grande marco histórico o sistema penal napoleônico, o qual não admitia a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Diferente é o sistema jurídico anglo-saxônico adotado pelos Estados Unidos da América e Inglaterra, que há tempos já aceitam a responsabilidade penal da pessoa jurídica com base na jurisprudência.

Com a queda do muro de Berlim no final da década de 80 o mundo começou a sofrer grande influência do poder norte-americano, entre os Estados Soberanos, também o Brasil. Passaram inclusive a influenciar o sistema jurídico, e por ter bases diferentes (sistema romanista e anglo-saxão) muitos de seus institutos não se adéquam ao ordenamento brasileiro, como é o caso da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

O Estado passa a ficar entre a tênue linha do liberalismo e do socialismo do *welfare state*, cria uma posição política e pragmática para resolver os problemas sociais, sem adentrar em suas raízes. Não obstante o reflexo no direito penal tenha sido menor, o poder econômico é muito influente precipuamente no que diz respeito aos crimes contra a ordem tributária, diga-se arrecadadora do Estado como é o caso.

O legislador acaba usando da força do Direito Penal para punir as empresas, "(...) insiste (...) para obter êxito frente a um problema central da criminalidade econômica, pois a maioria dos delitos econômicos são levados a cabo mediante ou com a ajuda de empresas".[43]

Porém, "(...) usar a pena criminal com fins meramente utilitarista, encobrindo os *defeitos* do próprio sistema fiscal"[44] é repudiado no direito penal, e

---

42. STF julga imputação à pessoa jurídica ato de responsabilidade penal objetiva: RHC 85.658, 1.ª T., j. 21.06.2005, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 12.08.2005, também mostra sua inadequação ao sistema penal hodierno: RE 440.180, j. 04.08.2008, rel. Min. Ellen Gracie, *DJe* 15.08.2008.

43. ARAUJO JR., op. cit., p. 72.

44. KALACHE. Maurício. *Crimes tributários*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 122, grifo nosso.

infelizmente é o que vemos na responsabilização penal da pessoa jurídica e na excludente de punibilidade no pagamento integral do produto do crime.

A tutela administrativa é também repressiva, e esta de fato se adéqua à responsabilização do ente coletivo, diferente dos institutos construtores do Direito Penal, como será visto adiante. Sanções penais são mais gravosas, logo não podem ter o mesmo caráter das sanções administrativas, pois perderia sua força diferencial. A sociedade estará bem amparada se a pessoa jurídica for somente responsabilizada administrativamente, isto é, terá em suma a mesma sanção que a lei ambiental prevê (art. 22, Lei 9.605/1998), sem banalizar o Direito Penal. Nas palavras de Prado: "O uso excessivo da sanção criminal (*inflação* penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa".[45]

3.1 O Direito Penal brasileiro – Evolução histórica da responsabilidade penal

Antes de adentrar ao tema responsabilidade penal propriamente dito, é *mister* ressaltar o conceito desta palavra, por si mesma, e dentro do âmbito jurídico. Por Aurélio temos que responsabilidade é a: "Obrigação de responder pelas ações próprias ou dos outros; Caráter ou estado do que é responsável".[46]

Já por responsabilidade jurídica entende-se:

"(...) a própria figura da responsabilidade, *in genere*, transportada para o campo do direito, situação originada por ação ou omissão de sujeito de direito público ou privado que, contrariando norma objetiva, obriga o infrator a responder com sua pessoa ou bens."[47]

Nessa seara temos, portanto, que a responsabilidade penal é a obrigação do sujeito que transgrediu a norma penal de responder por sua sanção, sanção esta que deve estar previamente cominada, segundo os preceitos do princípio da legalidade.

Apesar da responsabilidade penal subjetiva ter ganhado força com os movimentos iluministas, "(...) o princípio da responsabilidade subjetiva constou da Declaração do Homem, 1789 e na Declaração dos Direitos Humanos, 1948",[48] ela não foi aplicada de imediato por todas as nações.

---

45. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*... cit., p. 149.

46. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Responsabilidade. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. FERREIRA, Marina Baird; ANJOS, Margarida dos (coords.). 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009, p. 1745.

47. CRETELLA JR., José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 7-8.

48. CERNICHIARO; COSTA JR, op. cit., p. 71.

Os movimentos liberais no Brasil tiveram respostas violentas das autoridades da época, como bem lembra Cernichiaro e Costa Jr.:

"(...) a conquista formal nem sempre corresponde à efetivação do princípio [da pessoalidade da pena], ou seja, a norma não se integra à experiência. O episódio histórico do heroísmo de Tiradentes causou-lhe a morte na forca para que, na praça pública, a população fosse advertida e refreasse os impulsos de liberdade. A pena estendeu-se, como sabido, também aos seus descendentes, até a terceira geração, aplicando-lhe o apodo de infância."[49]

E após muita luta é que a responsabilidade penal subjetiva foi se firmando, não somente nas letras da lei, mas também nos julgamentos, na apuração do delito, no modo de investigar, de aferir a culpabilidade. Passaremos pelas principais correntes que discutiram a forma de se responsabilizar o autor de crime.

O antigo Direito Penal prezava pelo causalismo (final do século XIX e início do século

XX até 1906), tinha como defensores Von Liszt e Beling, por isso conhecido como Sistema Liszt-Beling, segundo o qual o tipo penal era a descrição abstrata do crime, os requisitos do fato típico eram a conduta humana voluntária; o resultado naturalístico (só é exigido em um grupo de crimes – os crimes materiais, por exemplo homicídio); o nexo de causalidade (liga conduta ao resultado); e a adequação típica (fato adequado à lei).

Para essa corrente a tipicidade é objetiva ou formal e neutra. "O ponto central dessa concepção radica na *causalidade* de ordem puramente objetiva (...). A ação se exaure, pois na simples produção do resultado",[50] nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli, o retrato de uma responsabilidade objetiva "(...) configuraria com a proibição de uma conduta pela mera causação de um resultado, sem exigir-se que esta causação tenha ocorrido dolosa ou culposamente".[51]

Havia também o movimento neokantista (1/3 do século XX até 1930), que tinha Mezger como seu defensor, e pregava que o tipo penal é a descrição do crime valorado negativamente pelo legislador (recupera a teoria de valores de Kant), os requisitos são iguais ao da teoria da causalidade e a tipicidade para o neokantismo é objetiva ou formal e valorativa.

E também o finalismo de Welzel (da década de 30 a 60), o tipo penal é a descrição do crime, os requisitos são de duas categorias: objetivos e subjeti-

49. Idem, p. 72.

50. PRADO, *Curso de direito penal brasileiro...* cit., p. 273.

51. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 1, p. 456.

vos. Os objetivos são iguais aos demais requisitos: conduta, resultado, nexo de causalidade e adequação típica (previsão legal), o que traz de novo é o aspecto subjetivo, presente no dolo e culpa (subjetivo é tudo que está na cabeça do agente). "A ação humana *consiste no exercício de uma atividade finalista.* (...) o atuar orientado conscientemente a um objetivo previamente determinado".[52]

A característica humana está exatamente nesta dirigibilidade a um fim determinado, o fato é obra de sua vontade, a conduta humana prevê o resultado, o enxerga e elege os meios adequados para atingi-lo, e só o ser humano é capaz, por isso característica eminentemente humana. Assim temos que:

"As normas jurídicas não podem proibir ou ordenar meros processos causais, mas tão somente ações dirigidas finalisticamente. Nessa perspectiva, tem-se que a ação humana é o pressuposto de possibilidade para valorações que se têm um sentido devem se referir à ação, por exemplo, a ilicitude ou culpa."[53]

No novo Direito Penal (pós-modernidade): há o movimento do funcionalismo, de Roxin (1970) – O Funcionalismo Teleológico, a Teoria da Imputação Objetiva, consiste em dois setores: a imputação objetiva da conduta (conduta, valoração da conduta, o dolo é igual ao fato típico, a conduta precisa criar um risco proibido relevante para responder, se criou passa a responder), e imputação objetiva do resultado (também tem que valorar o resultado: resultado objetivamente imputável ao risco criado, o resultado no âmbito da norma).

Após tantas discussões, o Direito Penal brasileiro hodierno adota o finalismo, isto é, é preciso a presença do elemento subjetivo para haver autoria do delito, é preciso que tenha existido vontade de realizar aquela conduta ou ao menos a previsibilidade de sua ocorrência, isto implica em dizer, em capacidade intelectiva e volitiva, ambas ausentes na pessoa jurídica – criação do direito para melhorar as relações mercantis.

3.2 Responsabilidade penal da pessoa jurídica na dogmática penal brasileira

Iniciamos este estudo nas palavras de Bitencourt: "A responsabilidade coletiva é incompatível com a nova realidade de liberdade e de autodeterminação do indivíduo, e que representam conquistas democráticas da Revolução Francesa".[54] Ela é incompatível com os ideais seguidos por nossa Constituição Federal.

---

52. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*... cit., p. 275.

53. Idem, p. 276.

54. BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). Op. cit., p. 56.

Para o direito penal vigente no Brasil é preciso o coeficiente humano, ter o sujeito de ação – a pessoa jurídica não tem qualquer condição psicológica e base de liberdade para agir como ser humano, é mera criação normativa, um ser abstrato, que age através de seu representante legal, ela é apenas sujeito de imputação normativa, realiza contratos, paga impostos, multas etc. Passemos a analisar sua incompatibilidade com cada instituto do sistema penal.

3.2.1 Conceito

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma espécie de responsabilidade objetiva dentro do Direito Penal, uma vez que penaliza o ente coletivo incapaz de ação e de dolo ou culpa, isto é, faz com que a pessoa jurídica responda pena sem nem ter esta culpabilidade, consciência do ilícito, vontade dirigida ao ilícito, ou capacidade de prever o ilícito.

A pretensão de penalizar alguém através da imputação "(...) implica em violar o princípio da responsabilidade subjetiva ou da imputação subjetiva, isto é, punir penalmente alguém que não tenha agido com dolo ou culpa".[55]

Arrematam Cernichiaro e Costa Jr.:

"Os princípios da responsabilidade pessoal e da culpabilidade soã [sic] restritos à pessoa física. Somente ela pratica conduta, ou seja, comportamento orientado pela vontade, portanto, inseparável do elemento subjetivo."[56]

Se somente a pessoa física detém da culpabilidade, somente esta é capaz de praticar delito, uma vez que não há crime sem dolo ou culpa, conforme já prevê o art. 18 do CP brasileiro.[57]

"Em termos genéricos, a culpabilidade diz respeito ao indivíduo capaz de responder pelas consequências decorrentes de seus atos. (...) Contrariamente, a culpabilidade moral concerne ao foro íntimo da pessoa, mas agasalha também uma dimensão retrospectiva da responsabilidade."[58]

---

55. SILVA, Paulo Cezar. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 79.

56. Op. cit., p. 142.

57. "Art. 18. Diz-se o crime:
I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;
II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.
Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente."

58. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*... cit., p. 378.

Devemos observar o paralelo das lições de Savigny e Gierke, trazidas pelo Prof. Prado, no pensamento de Savigny:

"O Direito Penal considera o homem natural, quer dizer, um ser livre, inteligente e sensível: a pessoa jurídica, ao contrário, encontra-se despojada dessas características, sendo só um ser abstrato. A realidade de sua existência se funda sobre as decisões de certo número de representantes que, em virtude de uma ficção, são consideradas como suas; e uma representação semelhante, que exclui a vontade propriamente dita, pode ter efeito em matéria civil, mas nunca em relação à ordem penal. Os delitos que podem ser imputados à pessoa jurídica são praticados sempre por sues membros ou diretores, isto é, por pessoas naturais, e pouco importa que o interesse da corporação tenha servido de motivo ou de fim para o delito."[59]

Por outro lado, Gierke, citado por Prado, defende a responsabilidade penal da pessoa jurídica:

"O ente corporativo existe, é uma realidade social. É sujeito de direitos e deveres, em consequência é capaz de dupla responsabilidade: civil e penal. Essa responsabilidade é pessoal, identificando-se com a da pessoa natural. As pessoas jurídicas aparecem, pois, como seres coletivos, dotados de vontade real, que podem exercitar em diversos sentidos; e nada impede, em princípio, que seja ela dirigida a fins proibidos, especialmente pela lei penal."[60]

Todavia, não há como afirmar que a pessoa jurídica detém de uma vontade finalista diversa da pessoa física, ou melhor, que com esta não se confunde, uma vez que o ente coletivo só se dirige ao fim incriminado pelo sistema penal se a pessoa física assim o conduzir, sem o ser humano dotado de vontade e consciência a pessoa jurídica fica inerte, isto é, a mente por detrás da conduta criminosa é a humana e só pode ser esta como será demonstrado adiante.

Logo, pode-se concluir que responsabilidade penal da pessoa jurídica é imputar a conduta criminosa para o ente coletivo, ou seja, atribuir a ele a conduta do tipo penal, simplesmente por analisar o fato realizado sem adentrar no mérito de quem o desejou, de quem o planejou e de quem de fato o executou, é tirar a empresa do plano instrumental e deixá-la como autora do delito.

3.2.2 Questão de político-criminal

A responsabilização penal da pessoa jurídica é medida político-criminal do legislador na busca de ter medidas eficazes contra as empresas em defesa da sociedade. Todavia, a escolha se deu de maneira irracional e superficial.

---

59. Idem, p. 432-433.

60. Idem, p. 433.

Nas palavras do Prof. Prado: "o problema da criminalidade econômica deve ser tratado como hipótese de imputação delitiva individual, inclusive para salvaguardar os princípios penais fundamentais diante do poder político".[61]

Ao buscar dar uma resposta imediata à sociedade, como foi o caso da lei ambiental, e como é sempre nos casos dos crimes econômicos, o Estado acaba por redigir mal a norma, de maneira obscura e ambígua, em suma: "(...) não há dúvida de que a ignorância e a incerteza das penas contribuem para a eloquência das paixões".[62]

O legislador acaba por elaborar sanções de natureza penal para as pessoas jurídicas, mesmo sendo o instituto incompatível com o sistema penal, extrapolando as barreiras do ordenamento e mesclando dispositivos de natureza administrativa com normas penais, de modo a prostituir o ordenamento.

Ao contrário deste pensamento, Cernichiaro e Costa Jr. acreditam que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é cabível no sistema, uma vez que:

"(...) como a pessoa jurídica, no Direito, é titular de direitos e obrigações, no Direito Civil, Direito Comercial, Direito Tributário e em outros setores, poderá, por determinação normativa, ser incluída como sujeito ativo de crime."[63]

Todavia, tal responsabilidade encontra como obstáculo os princípios norteadores do Direito Penal, e, como os próprios autores reconhecem:

"Direito Penal, nos termos da Constituição, sem respaldo desses princípios, não é Direito Penal. Todos eles, por sua vez, tomam o homem como referência. Convergem para a preservação do direito de liberdade, reflexo dos Princípios dos Direitos Humanos."[64]

E como já fora explorado, a própria Declaração dos Direitos Humanos consagra a responsabilidade penal subjetiva, não havendo espaço para o instituto do *societas delinquere potest*.

A conduta do legislador da lei ambiental é criticada por Prado:

"Aqui, rematando o assunto, o legislador brasileiro de 1998 fez, com a Lei 9.605, mais uma opção criminalizadora, de cunho eminentemente defensista, que só pode ser aceita se, num verdadeiro *tour de force* – pragmático e artificial

61. Idem, p. 440.

62. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 29.

63. Op. cit., p. 137.

64. Idem, p. 138.

–, privilegiar-se político-criminalmente o *fim* em detrimento do *meio*. O que é inadmissível em um Direito Penal de perfil liberal e democrático, que tenha o ser humano como centro de todo o Direito."[65]

Destarte, se este instituto vige hoje no Brasil é devido a uma política pragmática penalizadora, na qual o poder político fala mais alto e que, para adequar-se no combate a crimes contra a ordem econômica e contra o meio ambiente, criam-se medidas que desrespeitam todo o sistema, criam um Direito Penal preventivo e não punitivo, desvirtuando-o de sua finalidade, ao invés de agir em último caso acaba por ser a primeira saída buscada, resposta imediatista e não eficaz.

3.2.3 Capacidade de ação/omissão

Seguimos pela teoria finalista da ação que requer conduta com vontade de realização, a finalidade "(...) baseia-se no fato de que o ser humano, graças ao seu saber causal, à sua experiência sobre o funcionamento do mundo, é capaz de prever dentro de certos limites fornecidos por seus conhecimentos as consequências possíveis de sua ação ou omissão".[66]

Essa vontade final requer o elemento subjetivo do dolo, pois o autor conta com aquele resultado, não obstante ele não venha a se concretizar, o resultado não cabe ao elemento ação/omissão e sim ao tipo – "(...) apenas os processos causais previsíveis ou passíveis de estarem abarcados pelo dolo do agente podem lhe ser imputados".[67]

O segundo elemento para concretizar a ação que posteriormente será dada como delitiva, é a externalização desta, o elemento objetivo, que como preleciona Bitencourt é a "(...) execução da ação real, material, efetiva, dominada pela determinação do fim e dos meios na esfera do pensamento (...) o agente põe em movimento, segundo um plano, o processo causal, dominado pela finalidade, procurando alcançar o objetivo proposto".[68]

Diante de tal explanação fica clara a impossibilidade da pessoa jurídica ser autora de delito, ela é incapaz de realizar qualquer dos dois elementos da ação finalista, não é detenedora da vontade final é, menos ainda, capaz de colocar

65. *Curso de direito penal brasileiro*... cit., p. 454.

66. Idem, p. 278.

67. Idem, ibidem.

68. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte geral*. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262.

em movimento a ação, isto é pressuposto inerente do ser humano, o ente coletivo não age, quem age é o ser humano através, em nome dele.

Neste sentido, Prado:

"De primeiro, ressalta à evidência que a pessoa coletiva não tem *consciência e vontade* – em sentido *psicológico* – semelhante à pessoa física, e, com isso capacidade de autodeterminação, faculdades que necessariamente hão de ser tomadas por empréstimo aos homens. Isso vale dizer: só o ser humano, enquanto pessoa-indivíduo, pode ser qualificado como autor ou partícipe de um delito. (...) Então os efeitos jurídicos imputados à pessoa coletiva são aqueles decorrentes da conduta de seu representante, sendo sua atividade unicamente uma atividade juridicamente imputada. É dizer: não se trata de uma autoria da própria pessoa jurídica."[69]

Portanto, "a simples *vontade de delinquir* não é punível, se não for seguida de um comportamento externo. Nem mesmo o fato de outras pessoas tomarem conhecimento da *vontade criminosa* será suficiente para torná-la punível. É necessário que o agente, pelo menos, *inicie a execução* da ação que pretende realizar."[70]

O mesmo autor conclui:

"Por ser o crime uma *ação humana*, somente o ser vivo, nascido de mulher, pode ser autor de crime, (...). A *conduta* (ação ou omissão), pedra angular da Teoria do Crime, é produto de uma *vontade*, entendida como *faculdade psíquica* da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter."[71]

Independente da teoria usada pelo ordenamento jurídico para se definir a conduta do delito, esta sempre será impossível à pessoa jurídica, pontifica Bitencourt:

"(...) todas as *atividades* relativas à pessoa jurídica são realizadas por pessoas físicas, mesmo na qualidade de membros de seus conselhos diretivos. A *incapacidade de ação* da pessoa jurídica não decorre do *conceito de ação* que se adote – causal, social ou final – mas da *absoluta falta de capacidade natural de ação*."[72]

Seguindo a ideia que a empresa age delituosamente quando se omite do seu dever de controlar seus agentes para que o delito não ocorra, teríamos a em-

69. *Curso de direito penal brasileiro*... cit., p. 434.

70. BITENCOURT, *Tratado de direito penal*... cit., p. 270.

71. Idem, p. 272.

72. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica cit., p. 58-59.

presa delinquindo por omissão, crime omissivo impróprio, ela responde pelo resultado causado, por se omitir perante sua posição de garante, é o que temos hoje presente no Código Penal espanhol, alterado pela Lei Orgânica 5/2010, que entrou em vigor em 24.12.2010.[73]

Não obstante esta posição esteja embasada no conceito do crime "(...) *comissivo por omissão* ou *comissivo impróprio*, no qual o *dever de agir* é para *evitar um resultado concreto*",[74] isto é, a ação delitiva está em não cumprir este *dever de agir*, no caso ilustrado está no não exercer o devido controle, é preciso perceber que:

"(...) também na omissão, evidentemente, é necessário que o sujeito tenha *possibilidade física* de agir, para que se possa afirmar que *não agiu voluntariamente*. É insuficiente, pois, o *dever de agir*. É necessário que, além do dever, haja também a *possibilidade física* de agir, ainda que com risco pessoal."[75]

Dizer que a pessoa jurídica é dotada dessa capacidade é seguir pela ficção jurídica que muito funciona no Direito Civil, mas em que nada sopesa no Direito Penal, pelo contrário, o contradiz em suas raízes, em suas bases, em seus elementos principiológicos. Como salienta o Prof. Prado, insistir na fusão da pessoa jurídica com a pessoa física alegando que ambas têm a mesma vontade é navegar no mar da fantasia.[76]

Na conduta omissiva deve haver a capacidade concreta de ação, o poder fático tem que estar presente. "Isso significa que o dolo omissivo, além do elemento intelectual, deve compreender também a *vontade* da não realização da ação".[77]

A corrente divergente defende a vontade real da pessoa jurídica, que seria o conjunto das vontades de seus administradores, sócios, gerentes, de modo a formar a vontade do ente coletivo, o que justificaria a existência de ação da pessoa jurídica, a qual não se confundiria com a ação de seus sócios, administradores, dirigentes etc. Como arremata Guilherme Silva:

---

73. Art. 31 bis § 1.º: "*En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables* 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*" (grifo nosso).

74. BITENCOURT, *Tratado de direito penal*... cit., p. 280.

75. Idem, p. 281.

76. PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*... cit., p. 129.

77. Idem, p. 241-242.

"Aponta-se, ainda, como fator determinante para instituição da responsabilidade penal da pessoa jurídica, a influência das aglomerações sobre às vontades individuais, fazendo surgir a denominada 'actitud criminal de la agrupación'. Estar-se-ia aqui diante de um fator criminológico consubstanciado na atuação da vontade coletiva sobre a pessoa física, minando o seu poder de resistência frente à disposição delituosa do agrupamento."[78]

E ainda:

"O ilustre doutrinador francês [Mestre] aponta como fundamento da teoria da vontade real o princípio da unidade resultante da pluralidade, segundo o qual, a união das vontades individuais pode sim formar uma vontade única que, *in casu*, seria a vontade das corporações."[79]

No entanto, estas teorias não afastam a incapacidade de ação e vontade do ente coletivo, somente simulam uma falsa vontade que de fato partem de pessoas físicas, neste sentido Sánchez: "(...) las alusiones a una supuesta voluntad colectiva no hacen sino esconder que, en realidad, es la voluntad de concretas personas individuales – las que realmente controlan – la que rige los destinos de la sociedad y eventualmente, da lugar a la comisión de delitos",[80] pois somente o ser humano é capaz de ter vontade, de agir com consciência.

3.2.4 Culpabilidade da pessoa jurídica

O princípio da culpabilidade, residente no brocardo *nulla pena sine culpa*, é trazido por nossa Constituição Federal de maneira implícita nos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e nos princípios fundamentais individuais arrolados no art. 5.°. É desdobramento do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1.°, III, CF), está presente no *caput* do art. 5.° da CF, na inviolabilidade do direito à liberdade, e no inc. XLVI, na individualização da pena.

E, "vincula-se, ainda, ao *princípio da igualdade* (art. 5.°, *caput*, CF), que veda o mesmo tratamento ao culpável e ao inculpável".[81] É através da culpabilidade que surge a responsabilidade penal subjetiva, "(...) impossibilidade de se responsabilizar criminalmente por uma ação ou omissão quem tenha atuado

78. Op. cit., p. 37.

79. Idem, ibidem.

80. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coords.). Op. cit., p. 73.

81. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*... cit., p. 146.

sem dolo ou culpa"[82] (arts. 18 e 19 do CP), na sua ausência "(...) quem pratica um ato ilícito responde por todas as suas consequências, independentemente de serem queridas, previstas ou fortuitas".[83]

Por meio dos elementos subjetivos do dolo e da culpa é que se manifesta a proporcionalidade da culpabilidade – "a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade (...) é uma lídima expressão de justiça material peculiar ao Estado Democrático de Direito delimitadora de toda a responsabilidade penal".[84]

No mesmo sentido são as lições clássicas de Bettiol:

"Para que se possa formular um juízo de culpabilidade como desaprovação pessoal pelo fato praticado (...) é mister que subsista (...) um liame de caráter psicológico entre o fato e o autor. É necessário que se possa determinar que um fato psíquico pertença a um sujeito agente."[85]

A culpabilidade é formada de três elementos: a vontade do agente; sua capacidade cognoscitiva de saber que sua conduta é reprovável; e exigibilidade de obediência ao direito, ou seja, de conduta diversa. A soma dos dois primeiros elementos nos traz a capacidade do sujeito de ser imputável. Logo, temos que os inimputáveis são aqueles *inculpáveis*, isto é, não têm capacidade psíquica para conhecer e ter vontade ao ilícito.[86]

É neste ponto que reside a essência desta medida, veja:

"A essência da culpabilidade reside nesse 'poder em lugar de...', isto é, no 'poder agir de outro modo' do agente referentemente à representação de sua vontade antijurídica, e é exatamente aí – nessa liberdade de ação, nessa possibilidade de agir diferente – onde se encontra o *fundamento da reprovação pessoal*, que se levanta contra o autor por sua conduta contrária ao Direito."[87]

Apesar de o terceiro elemento caber às pessoas jurídicas, pode-se exigir delas a observância ao Direito, os outros dois não o são, tornando-a assim, pessoa inimputável, salienta o Prof. Bitencourt: "(...) a pessoa jurídica carece de 'maturidade e higidez mental', logo, é 'inimputável'".[88]

---

82. Idem, ibidem.
83. Idem, ibidem.
84. Idem, p. 145.
85. BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Ed. RT, 1971. vol. II, p. 93-94.
86. BITENCOURT, Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica cit., p. 63.
87. PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*... cit., p. 404.
88. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica cit., p. 63-64.

Para integrar em nosso sistema penal o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica seria preciso conciliá-la com o conceito dogmático da culpabilidade ou propor um misto com sanções extrapenais ou criar uma responsabilidade social, no pensamento de Araujo Jr.:

"A Comissão Reduzida de Especialistas chegou finalmente a uma conclusão, porém sem se mostrar absolutamente convicta quanto ao seu conteúdo. Decidiu pelo reconhecimento da responsabilidade e pela aplicação de sanções penais às empresas, quando assim o exigirem da infração, a sua gravidade, as conseqüências para a sociedade e a necessidade de prevenir outras infrações."[89]

Ou seja, não encontrou uma saída, pois não conciliou o instituto com os atuais dogmas do Direito Penal, com a culpabilidade.

A noção de culpabilidade nasce como um juízo de censura, algo que está na cabeça do juiz, que diz ser censurável tal conduta praticada, que deveria estar também na mente do autor, nas palavras de Prado "a culpabilidade é um juízo de censura ou de reprovação pessoal endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma, quando podia fazê-lo (poder do agente/resolução de vontade)".[90]

Muitas foram as teorias criadas para explicar este elemento constitutivo do delito. Na mais antiga delas, diga-se a mais simplória e precária por haver descuidos – a teoria psicológica criada pelos romanos – a culpabilidade se resume nos elementos subjetivos do dolo e da culpa, observe a lição de Bitencourt:

"Dentro dessa concepção psicológica, o *dolo* e a *culpa* não só eram as duas únicas espécies de culpabilidade como também a sua totalidade, isto é, eram a *culpabilidade*, na medida em que esta não apresentava nenhum outro elemento constitutivo."[91]

A culpabilidade para esta teoria fruto do positivismo jurídico, "vem a ser a relação subjetiva ou psíquica entre o autor e o fato",[92] formada pela imputabilidade em conjunto com o dolo ou a culpa, o dolo já tinha uma conotação normativa de ser a vontade, a previsão e a consciência da ilicitude, através de uma orientação naturalista.

Veja que nem mesmo através desta teoria simplória dos romanos, podemos afirmar que a pessoa jurídica seja dotada de capacidade de culpabilidade, uma

89. *Dos crimes contra a ordem econômica*, p. 71-72.

90. PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*... cit., p. 379.

91. *Tratado de direito penal*... cit., p. 364.

92. PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*... cit., p. 381.

vez que ela é incapaz de ter vontade própria ou de ter consciência do ilícito, pois não passa de uma pessoa ficta que é regida por pessoas naturais, que têm vontade, e essas vontades combinadas é que tomam as atitudes pelo ente corporativo.

Já na teoria psicológico-normativa, muito usada pelos causalistas estes elementos subjetivos deixam de ser pressupostos para a culpabilidade e tornam-se um de seus elementos junto com a imputabilidade e o juízo de culpabilidade,[93] que é a exigibilidade de conduta diversa pela sociedade, esta ideia foi introduzida por Freudenthal e nas palavras do professor Prado é:

"(...) o pode [*sic*] atuar de outro modo (...) Acrescenta, então, à imputabilidade, ao dolo e à culpa, a normalidade e concomitância das circunstâncias nas quais o agente praticou conduta delitiva (...) valoração do próprio fato típico (...) de acordo com a exigência normativa."[94]

Sem embargo, o dolo continua a ser visto como vontade, previsão e consciência da ilicitude, a culpabilidade se torna um juízo axiológico sobre a situação fática, "juridicamente desaprovada da *personalidade* do agente",[95] portanto fica ainda mais evidente a incapacidade da pessoa coletiva possuir culpabilidade, uma conduta culpável, falta-lhe a vontade, a consciência juridicamente reprovável e a imputabilidade.

Nós como seguidores da teoria finalista, seguimos os ensinamentos de Welzel em que culpabilidade "é sempre culpabilidade de vontade, só podendo ser culpável o indivíduo de vontade livre (poder agir voluntariamente)",[96] nesse diapasão se abstém dos elementos subjetivos deixando-os à ação ao injusto. "O dolo (*dolo natural*) e a culpa integram, respectivamente, os tipos de injusto doloso e culposo"[97] – Teoria Normativa Pura da Culpabilidade.[98]

Chegamos a uma culpabilidade finalista, de um conceito de reprovabilidade:

"A *culpabilidade*, no finalismo, por sua vez, pode ser resumida como a *reprovação pessoal que se faz contra o autor pela realização de um fato contrário ao Di-*

---

93. BITENCOURT, *Tratado de direito penal*... cit., p. 399.

94. PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*... cit., p. 383.

95. Idem, ibidem, grifo nosso.

96. Idem, ibidem.

97. Idem, ibidem.

98. Vale lembrar Bitencourt: "a *culpabilidade normativa pura* resume-se a: imputabilidade, consciência (potencial) da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme ao direito" (*Tratado de direito penal*... cit., p. 403).

reito, embora houvesse podido atuar de modo diferente como o fez"[99], nas palavras do professor Prado o elemento intelectual da reprovabilidade na verdade não é a exigibilidade de obediência ao Direito, e sim "o autor deve ter conhecido o injusto do fato, ou pelo menos, deve tê-lo podido conhecer, e deve ter podido decidir-se por uma conduta conforme ao Direito em virtude desse conhecimento (real ou possível) do injusto."[100]

A culpabilidade finalista em seu conteúdo material "tem como base *a capacidade de livre autodeterminação* (...) *o poder ou faculdade do agente de agir de modo distinto de como atuou*",[101] o que não se coaduna com a personalidade moral, a pessoa jurídica não possui poder de autodeterminação, inerente à imputabilidade, na escolha de sua conduta ou ação, esta partirá sempre de um grupo de várias vontades de pessoas naturais, ou apenas de uma, que trabalham em prol daquele ente coletivo.

Fica demonstrado que esta culpabilidade está intrinsecamente ligada à vontade,[102] e inclui a potencial consciência do ilícito extraído do antigo dolo constituidor da culpabilidade, mais uma vez ausente à pessoa jurídica, pois esta não tem vontade por si mesma,[103] como dito não tem poder de autodeterminação, quem toma suas decisões são pessoas naturais, são seus dirigentes ou pessoas que compõem o órgão administrativo, que escolhem o que será feito, logo a vontade parte destas pessoas.

Embora sejam estas decisões e atitudes realizadas em proveito da personalidade jurídica isto não justifica, não é suficiente para se dizer que esta é a vontade da empresa, pois se fosse outro dirigente e ele tomasse outra atitude esta também seria a vontade da empresa.

Pontifica o Bitencourt: "a *capacidade de culpabilidade* apresenta dois momentos específicos: um *cognoscivo ou intelectual*, e outro *volitivo ou de vontade* (...). Assim, a ausência de qualquer dos dois aspectos, *cognoscivo* ou *volitivo*, é suficiente para afastar a capacidade de culpabilidade, isto é, a *imputabilidade*

99. Idem, p. 403.

100. Idem, p. 385.

101. Idem, p. 407.

102. Neste sentido Bettiol: "A culpabilidade é um juízo sôbre o não dever ser da vontade, e não sôbre o não dever ser do caráter do réu" (op. cit., p. 29).

103. Cf. PRADO: A decisão de vontade se apoia no poder regulador do *eu* (controle dos impulsos) e seus fundamentos lógicos e valorativos (*Curso de direito penal brasileiro*... cit., p. 386).

penal",[104] ou seja, à pessoa jurídica lhe faltam os dois momentos, uma vez que ambos são inerentes ao ser humano, restando por óbvio sua incapacidade de culpabilidade.

Frise-se que não podem as pessoas jurídicas serem responsabilizadas penalmente: "A ausência de qualquer destes elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal".[105]

Em uma corrente diversa, Tiedmann defende a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a empresa responde por um ato próprio, a culpabilidade é orientada por categorias sociais e jurídicas, um conceito de culpabilidade amplo em um sentido social, é a reprovação por descuidar de adotar medidas de precaução para evitar as ações delitivas, "(...) se extiende a interpreta el concepto de *culpabilidad* en el sentido de una responsabilidad social. La nueva versión de la ley alemana de infracciones administrativas de 1986 consagra el principio de responsabilidad por la falta de organización de la empresa, responsabilidad que recae en la propia persona jurídica. Es problema distinto el de la culpabilidad concreta de la persona jurídica, que puede ser propia de dicha persona jurídica o bien imputada en base al comportamiento de los órganos u otras personas naturales."[106]

Esta culpabilidade social levantada por Tiedmann se contrapõe também ao próprio instituto da culpabilidade, isto é, o desvirtua, pois não leva em consideração o agente, mas sim falhas na organização da empresa e como isso reflete na sociedade. Vale lembrar Bettiol:

"Todo direito penal moderno é orientado no sentido da individuação das medidas penais, porquanto se pretende que o tratamento penal seja totalmente *voltado para características pessoais do agente* a fim de que possa corresponder aos fins que se pretende alcançar com a pena ou com as medidas de segurança.

(...)

Tanto mais a ação é expressão da personalidade do seu autor quanto maior é a sua culpabilidade, enquanto que tanto mais a ação se demonstra 'estranha' às características pessoais do agente tanto menor é o grau de sua culpabilidade."[107]

Para Gracia Martín a culpabilidade social de Tiedmann, na verdade se trata de antijuridicidade e não de conceito de reprovação, pois é a não observância

104. *Tratado de direito penal*... cit., p. 408.

105. LOPES, op. cit., p. 100.

106. TIEDMANN, Klaus. *Lecciones de derecho penal económico: comunitario, español, alemán*. Barcelona: PPU, 1993, p. 233.

107. Op. cit., p. 27-28.

da norma objetiva, que como já dito outrora é apenas o cumprimento de um dos elementos constitutivos da culpabilidade.[108] Esta teoria se fundamenta em mecanismos estranhos ao Direito Penal para poder justificar a culpabilidade de pessoa jurídica desvirtuando a teoria jurídica do delito.

Só podemos imputar à pessoa jurídica o conteúdo de normas de valor – aquelas que não têm fim sancionatório –, para as normas mandamentais é preciso culpabilidade, o que falta ao ente coletivo apesar de ser destinatário do dever de ação correspondente.

Nesse sentido também se manifestam as Professoras Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho, que ao analisar a Teoria de Tiedmann vão mais além:

"Ainda que Tiedmann assevere que a culpabilidade pelo defeito de organização não passa de culpabilidade por um fato anterior, decorrente da infração de deveres de organização específicos da pessoa jurídica, o certo é que os deveres de organização, vigilância e controle são impostos por normas de determinação que só podem ter como destinatárias as pessoas físicas".[109]

Portanto, ao analisarmos também a culpabilidade da empresa percebe-se que esta de fato é da pessoa física, ou seja, mais uma vez se chega ao agente do delito, o qual de fato deve responder pela ação criminosa.

3.2.5 Da capacidade de pena

Pessoas jurídicas eram punidas no antigo Direito Romano com multas, que têm natureza eminentemente civil, não pode ser confundida com capacidade delitiva do ente coletivo, não cabe como justificação para uma antiga responsabilidade penal. A multa imposta ao ente coletivo que cometia o ato ilícito, no direito romano, servia como indenização revertida para o sujeito danificado, sobre quem o ato ilícito havia refletido como nos traz Bitencourt: "Comprovada a (ir)responsabilidade dos 'coletores', os habitantes da cidade (ente coletivo) deviam indenizar os contribuintes lesados"[110] diferente da multa penal que é revertida para o Estado, para o sistema carcerário.

---

108. Op. cit., p. 111-113.

109. CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito penal de risco e responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 278.

110. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, p. 58-59.

Já no atual cenário brasileiro:

"(...) a Constituição não dotou a pessoa jurídica de *responsabilidade penal*. Ao contrário, condicionou a sua *responsabilidade* à aplicação de sanções compatíveis com a sua natureza. (...) Enfim, a *responsabilidade penal continua a ser pessoal* (art. 5.°, XLV). Por isso, quando se identificar e puder *individualizar* quem são os *autores físicos* dos fatos praticados em nome de uma pessoa jurídica, tidos como criminosos, aí sim deverão ser responsabilizados penalmente."[111]

Alguns civilistas lutam para que a responsabilidade recaia sobre a pessoa jurídica, pois neste campo ela de fato pode e deve responder por seus atos, já responder ao Direito Penal requer maiores cuidados, temos penas imputadas à pessoa jurídica em crimes ambientais, mas estas são limitadas: suspender as atividades, fechar a empresa, ou responder pecuniariamente aos danos.

Isso é pouco e não cabe aos crimes econômicos, é preciso atingir a *ultima ratio*, ir atrás de quem provoca os danos ou perigo de danos ao bem jurídico tutelado, para fazer refletir as finalidades da pena: servir de exemplo (para satisfazer a sociedade e mostrar para a mesma que não se deve agir daquela maneira), retribuir o ilícito, e regenerar a maneira de agir da pessoa. Nas palavras do penalista Prado: "A respeito da pena, as ideias de prevenção geral, prevenção especial, reafirmação do ordenamento jurídico e ressocialização não teriam sentido em relação às pessoas jurídicas".[112]

Além das penas da Lei 9.605/1998 não conquistarem estes fins, o que estas medidas operam são punições a pessoas inocentes – apontadas por leis inconstitucionais como, autoras de delitos – que naquelas empresas trabalham honestamente, punem os consumidores desta empresa e toda uma sociedade, trazem prejuízos àqueles que nada fizeram.

Suspender as atividades ou fechar a empresa trará desemprego e prejuízo ao mercado econômico, fere o princípio da personalidade da pena. Fazer a empresa responder não prejudica somente estes inocentes trabalhadores e os consumidores, que sofrerão as consequências, pode também chegar a atingir irregularmente o corpo administrativo atual da empresa, que pode ser outro do da época em que o ilícito fora praticado. Neste sentido:

"Em verdade, o princípio da personalidade da pena – *nenhuma pena passará da pessoa do condenado* (art. 5.°, XLV, CF) – tradicionalmente enraizado nos textos constitucionais brasileiros, impõe que a sanção penal recaia *exclusiva-*

111. Idem, p. 68.

112. PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*... cit., p. 436.

mente sobre os autores materiais do delito e não sobre todos os membros da corporação (...), o que ocorreria caso de lhe impusesse uma pena."[113]

Fazer com que a corporação responda em nada vai atingir o autor do delito, este pode montar outra empresa para continuar suas práticas ilícitas, ou simplesmente continuar a sua vida, sem responder por nada. Como bem leciona Bitencourt, seria ignorar o verdadeiro agente – pessoa física, que atua através da pessoa jurídica utilizando-a como simples "fachada".[114]

A função preventiva especial tem por finalidade que o *autor do delito* não volte a delinquir, expõe Bitencourt segundo preceitos de Von Liszt que "a aplicação da pena obedece a uma ideia de ressocialização e reeducação do delinquente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis",[115] estão presentes os elementos da intimidação, correção e inocuização.

A esta finalidade que busca a pena não se comporta a pessoa jurídica figurando como autor do delito, a pena construída sobre esta ótica não terá efeitos sobre este autor, pois o ente coletivo que opera na nossa sociedade não pode ser visto como um perigo social a ser combatido, o perigo social é a pessoa que age através dela, pois é esta pessoa que tem vontade de delinquir, que age delituosamente, e é esta pessoa que continuará violando a ordem jurídica se não for alvo da prevenção, a pena tem que buscar intimidar esta pessoa e não o ente coletivo que é inerte neste âmbito.

Já as penas restritivas de direito não se moldam à pessoa jurídica porque levam em conta o delito praticado e a pena prevista, mas precipuamente o caráter do agente: se de bons antecedentes, se não reincidente, se na prática do delito não usou de violência ou grave ameaça, conforme dispõe o art. 44 do CP.[116] A própria lei adverte que se o condenado demonstrar descumprimento

113. Idem, ibidem.

114. BITENCOURT, *Tratado de direito penal*... cit., p. 275: "Com efeito, ninguém pode ignorar que por trás de uma pessoa jurídica sempre há uma pessoa física, que utiliza aquela como simples 'fachada', pura cobertura formal. Punir-se-ia a aparência formal e deixar-se-ia a realidade livremente operando encoberta em outra fantasia, uma nova pessoa jurídica, com novo CGC."

115. Idem, p. 110.

116. "Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

injustificado da restritiva de direito, esta será convertida em privativa de liberdade – medida impossível de se aplicar ao ente moral.

Pelo exposto verifica-se a incongruência da pessoa jurídica com regras como a que imputa penas à pessoa jurídica, mesmo as restritivas de direito, como faz a Lei 9.605/1998, pois ela não tem, por sua própria natureza, capacidade de se adequar à norma, aos requisitos que ela traz.

3.2.6 Aplicação das sanções penais e de outras sanções – O Direito Administrativo Repressivo

Como visto, a pessoa jurídica não é dotada de capacidade de pena, e toda vez que se tenta aplicar sanção penal a mesma acaba-se por aplicar sanções de caráter, de fato, administrativo. Logo, a finalidade de usar o Direito Penal nas pessoas jurídicas não tem efeito nenhum, pois o reflexo fático que ela sofrerá é de natureza administrativa.

Em outras palavras, basta o poder sancionador do Direito Administrativo para cuidar de ilícitos cometidos na seara da pessoa jurídica, pois a estrutura deste ramo do direito admite o ente coletivo como agente de conduta transgressora de normas.

Ressalta Prado:

"Todavia, sustenta-se que devem ser impostas medidas de segurança – *sui generis* – fundadas na periculosidade *objetiva* da pessoa jurídica, revelada nas ações ilícitas (sintomáticas) praticadas por seus órgãos ou pessoas que atuam a seu serviço (v.g., dissolução, suspensão, revogação de autorizações e licenças, publicação da sentença, intervenção na gestão da empresa, exclusa de benefícios ou subvenções etc.). Como se vê, são medidas de natureza não penal (administrativa/civil/comercial), mas revestidas de certas garantias e efeitos dessa índole."[117]

Para a sanção administrativa a culpabilidade exigida não é abarcada pela presença do dolo ou culpa como no direito penal, e nem dos três postulados: consciência da ilicitude; exigibilidade de conduta diversa e vontade do agente, "a *culpabilidade* exige que a sanção administrativa seja imposta unicamente a

---

II – o réu não for reincidente em crime doloso;
III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente."

117. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*... cit., p. 437.

quem, devendo agir de outro modo, pratica a conduta típica",[118] ou seja, somente um dos postulados da culpabilidade.

E ainda: "No direito administrativo sancionador o princípio da culpabilidade é atendido com a mera presença de culpa, ao contrário do que ocorre no direito penal brasileiro, no qual em regra se exige dolo do infrator". Somente a culpa como mera negligência, imprudência ou imperícia, assim como no Direito Civil. Dolo só para mensurar a sanção.

Como bem explica Tiedmann:

"Si estos elementos subjetivos del dolo y/o imprudencia constituyen desde hace tiempo los requisitos indispensables de la imputación en el Derecho penal clásico, su existencia y su necesidad es mucho menos reconocida en materia de delitos administrativos. (...) sanciones penales administrativas sin necesidad de la existencia o de la completa prueba de una culpa personal del autor, siendo la culpa, a menudo, presumida."[119]

Por isso, "(...) no direito administrativo sancionador o princípio *societas delinquere non potest* é com frequência afastado, aceitando-se pacificamente a imposição de sanção administrativa a pessoas jurídicas".[120]

Importante ressaltar a observação de Reale Jr.:

"(...) A Lei 8.137/1990 descreve os crimes contra a ordem econômica, e, no entanto, inexistem processos criminais, malgrado ocorram atos de abuso de poder econômico, porque as punições de ordem administrativa, de atribuição da Secretaria do Direito Econômico e do Cade, são absolutamente suficientes, a demonstrar que muitas vezes as infrações administrativas e as punições no âmbito administrativo são muito mais eficientes, eficazes e positivas do que o recurso à lei penal."[121]

Bitencourt levanta a hipótese das sanções administrativas para pessoa jurídica, para eficaz punição e também para quando não se pode imputar as pessoas físicas, como o caso de ação em massa: "Assim, além de sanção efetiva aos *autores físicos* das condutas tipificadas (que podem facilmente ser substitu-

118. MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 186.

119. Op. cit., p. 85-86.

120. MELLO, op. cit., p. 205.

121. REALE JR., Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 345.

ídos), deve-se punir as *pessoas jurídicas*, com sanções próprias a esse gênero de entes morais",[122] que seria as sanções administrativas.

Nas lições de Zaffaroni e Pierangeli "a natureza da pena administrativa revela que a mesma tem caráter reparador, mas também persegue um propósito preventivo especial"[123] e por este motivo deve cercar-se de garantias do direito penal, como a legalidade.

Ao contrário do que defende Migliari Jr.: "creio que por verdadeiro cochilo do Presidente da República, deixou-se passar a desconsideração da personalidade jurídica – instituto tipicamente civil – para o campo penal",[124] não cabe misturar os institutos, a responsabilidade da pessoa jurídica deve ficar na área cível e administrativa onde é seu lugar, ao passá-la para o sistema penal, deturpa-se toda uma ordem basilar jurídico-penal infectando e deformando-o.

3.2.7 Banalização do Direito Penal

O Direito Penal mínimo, consagrado na Constituição, serve para intervir em *ultima ratio legis* nas condutas de maior desvalor social, "(...) só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta."[125]

O Direito Penal não pode ser banalizado e nem aplicado em desacordo com as bases presentes nesta lei social-democrática e liberalista que é a Constituição Federal brasileira.

O desrespeito à intervenção mínima do Direito Penal e ao Princípio da Reserva Legal causa um inchaço em seu sistema, hipertrofia sua força coercitiva, banaliza sua ação reguladora sobre as ofensas mais graves aos bem jurídicos de maior importância.

Segundo Prado: "Isso quer dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização".[126] Não se pode abusar deste poder de criminalizar e penalizar, para não perder sua força intimidadora.

---

122. *Tratado de direito penal*... cit., p. 275.

123. Op. cit., p. 137.

124. Op. cit., p. 86.

125. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991, p. 25.

126. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*... cit., p. 144.

Para se criminalizar uma conduta tem que haver real necessidade desta intervenção para sobrevivência da comunidade,[127] e a mesma deve ser realizada de maneira eficaz sem ferir os direitos fundamentais e os princípios constitucionais.

O Direito Penal mínimo "aparece ele como uma orientação de Política Criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado de Direito".[128] Criar leis, no sentido de criminalizar o ente coletivo, é fazer do sistema penal a *prima ratio* para a ordem social, hipertrofia o ordenamento jurídico e desarmoniza o Direito Penal.

Usa-o como a primeira, quiçá a única porta de saída para ver punida a empresa pelos crimes econômicos cometidos, pela "criminalidade moderna", denominação usada para os ilícitos praticados dentro da esfera econômica.[129]

Essa transformação do Direito Penal em válvula de escape para novos ilícitos sem prevenção é atitude de um Estado pragmático e utilitarista, que visa na punição desmedida e incoerente uma resposta. Todavia, não vê que a pena foi feita para ser a última resposta a ser dada para o agente/sujeito da conduta gravosa à sociedade, olvida-se do "(...) dever constitucional de adotar uma política criminal adequada aos postulados de um Estado Social e Democrático de Direito".[130]

Essa moléstia penal, apesar de estar evidente no atual sistema, não nasceu nos tempos hodiernos, e não é de exclusividade brasileira, também encontramos a mesma crítica nas leituras de Franz Von Listz, Francesco Carrara, Fancesco Carnelutti, Reinhart Franck entre outros.

Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais.[131]

No caso da Lei 9.605/1998 que traz a punição da pessoa jurídica, todas as penas previstas a ela são de natureza administrativa, ou seja, a responsabilida-

127. Idem, p. 143.

128. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 68.

129. BITENCOURT, Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica cit., p. 67.

130. BITENCOURT, *Tratado de direito penal*... cit., p. 593.

131. LOPES, op. cit., p. 92.

de da empresa perante o Direito Administrativo bastaria, uma vez que fere o bem jurídico, do qual a incolumidade pública é titular e, portanto, o Estado, através da Supremacia do Interesse Público, é seu defensor.

Ao analisar as penas impostas às pessoas jurídicas e a inobservância do Princípio da Pessoalidade da Pena (como já visto estas penas ultrapassam a pessoa jurídica e atingem pessoas naturais inocentes) Silva Sánchez diz que "(...) en cambio, al distanciarse de las medidas personales que conocemos en Derecho penal, tienen mucho más en común con las medidas administrativas",[132] isto é, as penas aplicadas são diferentes das individualizadas já conhecidas do Direito Penal em adaptação à pessoa jurídica, de modo que ficaram muito mais próximas de sanções administrativas do que sanções penais.

Diante do exposto, percebe-se outro critério importante que deve ser observado quando se pretende usar do Direito Penal – a eficiência. A proporcionalidade entre a gravidade do injusto e a culpabilidade devem refletir na prevenção geral e especial da pena (função da pena adequada e justa).

A penalização da pessoa jurídica é a presença da responsabilidade objetiva no Direito Penal que a Constituição Federal tanto evita, por não ser um instituto coerente com seus valores, por não trazer a justiça buscada por ela, por ser medida político-criminal irracional e superficial, desnecessária.

Punir a pessoa jurídica é desrespeitar as bases do Direito Penal com a finalidade de repressão, de frear as atividades de sonegação de impostos, de coibir os delitos fiscais a todo custo, sem ter a percepção da prevenção. É preciso prevenir estas condutas com a resposta adequada ao agente criminoso, ou seja, a pena; e à empresa, a imposição de reparação do dano ou outras sanções de caráter civil/administrativo.

4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto procurou-se demonstrar a incompatibilidade do instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica (responsabilidade objetiva) com nossos valores constitucionais, e, mais além, a sua discrepância em relação a todos os ideais democráticos e liberais da Constituição Federal do Brasil.

Ao criar a penalização da pessoa jurídica o legislador deturpou a dogmática penal, uma vez que como esclarecido ela não detém os requisitos necessários para a Teoria do Delito adotada no Brasil, isto é, o ente coletivo não é capaz de ação/omissão, não é capaz de culpabilidade e, mais além, não é capaz de pena,

132. Op. cit., p. 71.

as sanções a ela impostas são de cunho cível e administrativo não atingindo a finalidade de uma sanção penal.

Esta prática jurídica, esta "solução" trazida pelo legislador e pelos pragmáticos penalistas para os crimes que envolvem a pessoa coletiva, implica no desvirtuamento do Direito Penal quanto a seus princípios basilares (vigas mestras) e aos direitos fundamentais.

5. BIBLIOGRAFIA

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAUJO JR., João Marcelo. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

_____. *Societas delinquere postest* – Revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999. Coleção Temas Atuais de Direito Criminal, vol. 2.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT. *NBR 6023: informação e documentação: referências: elaboração*. Rio de Janeiro, 2002.

ATALIBA, Geraldo; CARVALHO, Paulo de Barros. *VI Curso de Especialização em Direito Tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1978. vol. 1.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. rev. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 1997.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Ed. RT , 1971. vol. II.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999. Coleção Temas Atuais de Direito Criminal, vol. 2.

_____. *Tratado de direito penal. Parte geral*. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 27.07.2011.

_____. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm]. Acesso em: 17.08.2011.

_____. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm]. Acesso em: 30.05.2011.

_____. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm]. Acesso em: 27.07.2011.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito penal de risco e responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 1990.

CRETELLA JR., José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. In: _____; PRADO, Luiz Regis (coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.

ESTELLITA, Heloisa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Responsabilidade. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Marina Baird Ferreira; Margarida dos Anjos (coords.). 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999. Coleção Temas Atuais de Direito Criminal, vol. 2.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: parte geral*. 10. ed. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 1.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direitos de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

KERN, Alexandre. *O controle penal administrativo nos crimes contra a ordem tributária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

KALACHE, Maurício. *Crimes tributários*. Curitiba: Juruá, 2006.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

LOVATTO, Alécio Adão. *Crimes tributários: aspectos criminais e processuais*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

MARTÍN, Luis Gracia. La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Crimes contra a ordem tributária.* 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988.* São Paulo: Malheiros, 2007.

MIGLIARI JR., Arthur. *Crimes ambientais: Lei 9.605/98, novas disposições gerais e penais: concurso de pessoas, responsabilidade penal da pessoa jurídica, desconsideração da personalidade jurídica.* 2. ed. Campinas: CS Edições, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição.* 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2003.

_____. *Crimes contra o ambiente. Anotações à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2001.

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

_____. *Direito penal econômico.* São Paulo: Ed. RT, 2004.

_____; DOTTI, René Ariel (coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010.

_____. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações.

_____; DOTTI, René Ariel (coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010.

REALE JR., Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação. In: Gomes, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal.* São Paulo: Ed. RT, 1999. Coleção Temas Atuais de Direito Criminal, vol. 2.

SILVA, Guilherme José Ferreira da. *Incapacidade criminal da pessoa jurídica.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Paulo Cezar. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 24. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O diálogo entre ciência e política no processo de formação das leis penais. *Revista de Informação Legislativa*. n. 186. vol. 47. p. 7-28. Brasília: Senado Federal, abr.-jun. 2010.

TIEDMANN, Klaus. *Lecciones de derecho penal económico: comunitario, español, alemán*. Barcelona: PPU, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. *RT*, 2011. vol. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A responsabilidade penal da pessoa jurídica e a relação da Lei dos Crimes Ambientais com o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, de Antonio Baptista Gonçalves – *RT* 904/453;
- Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica, de Davi de Paiva Costa Tangerino – *RBCCrim* 86/36;
- Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo sobre o instituto da culpabilidade, de Élio Braz Mendes – *RCP* 8/321; e
- Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: 21 anos da previsão constitucional e 11 anos da previsão legal: um balanço necessário, de Ivan Luís Marques da Silva – *RT* 891/443.

Veja também Jurisprudência

- *Habeas corpus* em favor de pessoa jurídica a que foi atribuída prática de crime contra o meio ambiente: *RDA* 52/263; e
- Responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime contra o meio ambiente: *RT* 895/612, *RT* 874/693 e *RT* 865/558.

60325

1 Dever de punir e os interesses da Justiça

A posição do Tribunal Penal Internacional frente ao conflito de Uganda

The duty to punish and the interests of Justice. The position of the International Criminal Court in regards to the Uganda conflict

Mariana Tumbiolo Tosi

Graduada na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, com formação parcial pela Harvard Law School. *Coach* da equipe da DireitoGV na competição de procedimentos simulados do Tribunal Penal Internacional, *Victor Carlos García Moreno*. Advogada.

Área do Direito: Penal; Internacional

Resumo: Criado pelo Estatuto de Roma em 1998, o Tribunal Penal Internacional encontra-se em sua fase inicial de provação e desafios. Dentre os desafios iniciais destaca-se questão da eventual interferência do gabinete do procurador nas questões politicas - principalmente dos conflitos em andamento - e os limites de sua discricionariedade. O objetivo do presente trabalho é analisar se o procurador do TPI poderia (e deveria) fazer uso de sua discricionariedade para levar em consideração eventuais negociações para a ces-

Abstract: Created by the Rome Statute in 1998, the International Criminal Court (ICC) is now on its initial trial and challenges phase. Among the initial challenges, the possible interferences of the office of the prosecutor on political issues stand out - especially with ongoing conflicts - and the limits of its discretion. The goal of this article is to discuss whether the ICC prosecutor could (and should) use his discretion to consider any negotiations for the cessation of conflicts in a given case. Therefore, using the backdrop

sação dos conflitos em determinado caso. Para tanto, utilizando como pano de fundo a situação em Uganda - submetido à apreciação da Corte em 2003 - buscaremos analisar os principais argumentos pró e contra uma ampla discricionariedade do procurador, bem como eventuais consequências do posicionamento da Corte frente a esse conflito.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal Penal Internacional - Discricionariedade do procurador - Uganda - Direito Internacional Criminal - Estatuto de Roma.

of the situation in Uganda - referred to the Court in 2003 - we will seek to analyze the main arguments for and against broad prosecutorial discretion, as well as possible consequences of the Court's role in this conflict.

KEYWORDS: International Criminal Court - Prosecutorial discretion - Uganda - International Criminal Law - Rome Statute.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O conflito em Uganda - 3. Os "interesses da Justiça": 3.1 Por uma restrita discricionariedade do procurador: 3.1.1 O Estatuto de Roma e os trabalhos preparatórios; 3.1.2 *Human Rights Watch* e Anistia Internacional; 3.1.3 O gabinete do procurador; 3.2 Por uma ampla discricionariedade do procurador: 3.2.1 O dever de punir; 3.2.2 O gabinete do procurador: uma instituição independente da política?; 3.2.3 Eficácia da Corte; 3.2.4 As funções da pena - 4. Conclusão - 5. Referências.

"Our charities, our penal laws, our restrictions and prohibitions, by which, with so little avail, we endear to assuage poverty and check crime, what are they, at the very best, but the device of the clown who, having put the whole burden of his ass into one pannier, sought to enable the poor animal to walk straight by loading up the other pannier with stones?"
(Henry George).

1. INTRODUÇÃO

O Tribunal Penal Internacional foi criado pelo Estatuto de Roma em 17.07.1998.[1-2] Já na primeira linha do preâmbulo, o Estatuto descreve a sua maior preocupação: evitar que o "delicado mosaico" de laços compartilhados pelos povos seja quebrado.[3] Mais à frente, delineia-se a forma pela qual se bus-

1. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em dezembro de 2010, na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, produzido sob a orientação da Professora Doutora Maíra Rocha Machado.
2. Dec. 4.388/2002.
3. "Os Estados-partes presentes no Estatuto, conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns e de que as suas culturas foram construídas sobre uma he-

cará enfrentar o problema, que consiste em "por fim à impunidade dos autores desses crimes (contra a humanidade) e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes".[4]

Ocorre que, mesmo assumindo que a imputação de responsabilidade e a punição dos perpetradores desses crimes possam, de fato, levar à prevenção das violações – o que nem sempre é uma afirmação verdadeira –[5] há que se reconhecer a existência de outros desafios. Isso porque, em determinados casos os objetivos de paz imediata (em oposição a uma prevenção geral futura) e punição podem não ser consistentes entre si. Dessa forma, com base no primeiro caso submetido à sua jurisdição, procuraremos analisar como esses objetivos que aparentam conflitar entre si têm sido gerenciados pelo Tribunal.

Conforme sustentam alguns, a atuação do TPI pode ser conflitante com as negociações de paz em determinada região. Em que pese tal hipótese seja de difícil comprovação teórica, o objetivo do trabalho é de analisar se – diante de um contexto de possível intervenção em eventuais negociações políticas – é *possível* e, ainda, se é *desejável* que a Corte leve em conta considerações a respeito de perspectivas de paz em sua decisão de levar adiante a sua jurisdição.

Como pano de fundo dessa discussão optamos por analisar o conflito de Uganda que, sendo o primeiro submetido à Corte pelo próprio Estado-Nação, apresenta marcantes peculiaridades bastante relevantes para o debate em questão.

A primeira diz respeito justamente ao fato de que o próprio governo de Uganda submeteu o caso à apreciação da Corte, sem que – conforme sustentam alguns especialistas – houvesse falência parcial ou completa do Sistema Judiciário do país. O que estava em jogo, em verdade, era a incapacidade do governo em capturar os rebeldes e por fim ao conflito, bem como a crença de que as perspectivas de êxito seriam maiores com o envolvimento da comunidade internacional.

Além disso, a própria atuação do grupo rebelde *Lord's Resistance Army*, conforme se verá com maior profundidade adiante, possui como principal característica o sequestro de crianças e a formação de um exército infantil. Ao mesmo tempo em que essa particularidade reflete a crueldade do grupo, também nos

---

rança que partilham, e preocupados com o fato deste delicado mosaico vir a quebrar-se a qualquer instante (...)" (idem, 2002).

4. Dec. 4.388/2002.

5. WIPPMAN, David. Atrocities, deterrence, and the limits of the international justice. *Fordham International Law Journal* 23/473-488.

mostra a ambígua posição do mesmo em face da população de Uganda. Isso porque, se de um lado apresentam veemente repúdia e temor frente à atuação do grupo, os ugandeses temem também eventuais respostas violentas aos conflitos armados, sabendo que seus filhos e netos fazem parte do alvo dos ataques.

Tal ambiguidade nos leva à última importante característica do conflito: a grande rejeição da população e dos líderes locais em face da submissão do caso ao TPI. Se o temor de que as crianças, vítimas do próprio movimento, pudessem ser colocadas no banco dos réus se fazia presente nas discussões, a crença de que as investigações da Corte atrapalhariam as negociações de paz em andamento geraram também intensos debates.

Cogitou-se, diante desse contexto, suspender as investigações caso fosse encontrada uma solução para o conflito em Uganda e tal solução se encaixasse nos "interesses da Justiça", nos termos do art. 53, 1, *c*, do Estatuto de Roma.[6] Conforme sustenta referido dispositivo, o procurador poderá suspender uma investigação em andamento desde que – considerando a gravidade do crime e o interesse das vítimas – entenda que o inquérito não atenda os "interesses da Justiça". Tal possibilidade suscitou calorosa discussão a respeito da abrangência da discricionariedade do procurador e das hipóteses em que a Jurisdição do Tribunal poderia – e deveria – ser sobrestada em prol de iniciativas alternativas de resolução dos conflitos.

Diante disso, buscar-se-á analisar, na parte introdutória do trabalho documentos acerca da história de Uganda e do surgimento dos conflitos internos para que seja possível, além de entender a atuação do LRA, compreender as perspectivas a respeito das negociações de paz com o governo e de eventuais alternativas à jurisdição da Corte.

Nesse contexto, será analisada a submissão do caso ao Tribunal Penal Internacional (bem como a posterior tentativa de retirada) e a atuação do órgão frente ao conflito. Para tanto, as fontes principais serão a narrativa do conflito por acadêmicos da área, os documentos oficiais do TPI acerca da situação em Uganda – a narrativa da situação e os mandados de prisão dos investigados –, bem como demais documentos de organizações não governamentais que trazem informações e estatísticas a respeito do conflito.

Em que pese não haja grandes diferenças na narrativa do conflito em si, cumpre destacar que não foi possível encontrar – exceto por entrevistas transcritas em trechos jornalísticos aqui utilizados – textos escritos pelos próprios

6. UNITED NATIONS. Uganda: ICC could suspend northern investigations – Spokesman. *Irin News: humanitarian news and analysis*. Nairobi. 18.04.2005. Disponível em: [www.irinnews.org/Report.aspx?ReportId=53945]. Acesso em: 13.11.2009.

cidadãos de Uganda ou por seus líderes comunitários e/ou religiosos, razão pela qual se fez necessário basear a descrição em produções de ONGs e de acadêmicos de renome da área.

Dito isso, a análise do conflito nessa parte do trabalho se dará fundamentalmente com base nos textos de Payam Ahkavan,[7] Hema Chatlani[8] e David Hine.[9] Além dos autores, foram utilizados dados estatísticos de ONGs, bem como notícias jornalísticas relatando a percepção da população em relação ao conflito.

A esse respeito, vale salientar que os autores utilizados – em especial Akhavan e Chatlani – foram considerados relevante fonte para a narrativa do conflito por servirem como base de grande parte da produção teórica posterior a respeito do assunto, sendo citados na maioria das produções acadêmicas analisadas. No que se refere às notícias jornalísticas mencionadas, cumpre destacar que foram utilizadas informações publicadas no jornal *The New York Times*, bem como no periódico online *Irin News*,[10] desenvolvido pelo escritório das Nações Unidas para a Coordenação de Assuntos Humanitários.

A parte central do trabalho consistirá no levantamento e análise de críticas de estudiosos e organizações não governamentais a respeito do posicionamento do Tribunal Penal Internacional frente ao conflito de Uganda, bem como as propostas para definições mais ou menos rígidas do princípio da discricionariedade.

O foco dessa seção será, fundamentalmente, o art. 53, 1, *c*, do Estatuto de Roma, segundo o qual o procurador poderá deixar de proceder à abertura de um inquérito, se, "tendo em consideração a gravidade do crime e os interesses da vítima, não existirão, contudo, razões substanciais para crer que o inqué-

7. AKHAVAN, Payam. The Lord's Resistance Army case: Uganda's submission of the first state referral to the International Criminal Court. *The American Journal of International Law*, vol. 99, n. 2, p. 403-421.
Jurista iraniano, professor de direito internacional da McGill University, ex pesquisador sênior da Escola de Direito de Yale e do *Genocide Studies Program* da Universidade de Yale; ex-assessor jurídico (*legal* advisor) do gabinete do procurador *da ICTY-ICTR*. Conselheiro do governo de Uganda nessa questão.

8. CHATLANI, Hema. Uganda: a nation in crisis. *California Western International Law Journal* 37/277-298.
Advogado, graduado pela Escola de Direito de Saint John.

9. HINE, David. Dueling ideals: bridging the gap between peace and justice. *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 32, issue 1, p. 129-141.
Editor executivo de artigos do Boston College International and Comparative Law Review.

10. Disponível em: [www.irinnews.org/].

rito não serve aos interesses da Justiça".[11] A análise se centrará nas diversas interpretações a respeito da abrangência do conceito de "interesses da Justiça" que culminam na grande questão acerca do posicionamento da Corte frente a eventuais questões políticas em conflitos em andamento.

Por fim, da análise das diretivas de atuação do TPI, bem como da literatura crítica a esse respeito, buscaremos refletir sobre a forma pela qual são tratadas as considerações políticas a respeito das negociações de paz quando da decisão a respeito de sua jurisdição. Refletiremos, ainda, acerca de eventuais consequências práticas de um posicionamento do Tribunal alheio às especificidades e características do contexto local sobre o qual pretende intervir.

2. O CONFLITO EM UGANDA

Em 1986 a breve ditadura do General Tito Okello, sucessor de Milton Obote, foi derrubada pelo Movimento de Resistência Nacional, que então assumiu o poder do país contrariando os interesses do vizinho Sudão. Os remanescentes grupos armados seguidores de Okello e Obote encontraram apoio nas terras sudanesas, onde se uniram às forças armadas do ex ditador Idi Amin e formaram grupos de insurgência ao governo estabelecido.[12]

Nesse contexto, Alice Ayma Lakwena se autoproclamou médium espiritual e deu início ao Movimento do Espírito Santo (HSM – *Holy Spirit Movement*), cuja proposta principal era a proteção da população dos *Acholi*.[13] O HSM sofreu grande derrota em conflito em 1987 e sua líder fugiu para o Quênia.

Lakwena foi sucedida por Joseph Kony que, alegando ter herdado a "liderança espiritual" da antiga revolucionária, criou o Exército de Resistência do Senhor (LRA – *Lord's Resistance Army*), movimento que, propondo a derrocada do presidente Yoweri Museveni e a proteção dos *Acholi*, há mais de 20 anos encabeça uma guerra civil em Uganda.

A proposta de Kony, entretanto, jamais foi apoiada por uma agenda política consistente e as motivações ideológicas do grupo nunca foram claras ou coerentes:[14]

---

11. Dec. 4.388/2002.
12. AKHAVAN, Payam. Op. cit., p. 406.
13. A tribo dos *Acholi* é a população ugandense que reside no norte pobre e não desenvolvido do país de onde saíram tanto os revolucionários do Movimento do Espírito Santo como do Exército de Resistência do Senhor e que, posteriormente, tornou-se o alvo das principais atrocidades dos grupos (CHATLANI, 2007).
14. AKHAVAN, Payam. Op. cit., p. 407.

"In reality, though, the political element, a professed desire to overthrow Museveni and the Ugandan government, was only nominal. The LRA never had any 'coherent ideology, rational political agenda or public support', and in fact focused most of its violence on the very people from whom it claimed to be fighting, the Acholis in the northern region."[15]

Apesar de alegadamente ser o sucessor espiritual de Lawena, Kony jamais teve o apoio popular almejado e, por essa razão, se tornou hostil em relação à população civil e organizou ataques a vilas que temia conspirarem contra sua pessoa:[16]

"Early on, Kony experienced jarring rejections from Acholi leaders. The first LRA operations were largely failures because popular support was considerably less than the previous military uprising in the North and for Alice's movement. As a result, Kony turned increasingly against the local population, accusing people of aiding the government in seeking his defeat."[17]

Uma peculiaridade do movimento, e uma de suas maiores atrocidades, consiste no fato de que a principal ferramenta dos perpetradores sempre foi o sequestro de crianças da população para servirem tanto como crianças-soldados quanto como escravos sexuais.

Calcula-se que entre 1986 e 2006 o LRA tenha sequestrado entre 54.000 e 75.000 pessoas sendo que, dentre elas, estima-se haver entre 25.000 e 38.000 crianças.[18]

O temor generalizado diante dos constantes ataques do grupo é refletido nos chamados *night commuters*, grupos de crianças que saem de suas residências rurais no período da noite para dormirem em varandas, estações de ônibus, escolas e hospitais em razão do medo de retornarem a casa e serem raptados.[19] A sensação de insegurança é demonstrada, por exemplo, em pesquisa realizada por uma escola infantil em Kitgum, em que – quando perguntadas se já haviam sido sequestradas pelo LRA – 75% das crianças responderam que "ainda não".[20]

---

15. HINE, David. Op. cit., p. 132.
16. CHATLANI, Hema. Op. cit., p. 281.
17. HUMAN RIGHTS CENTER. Forgotten voices. A population-based survey on attitudes about peace and justice in northern Uganda. p. 13. jul. 2005. Disponível em: [www.ictj.org/images/content/1/2/127.pdf]. Acesso em: 22.11.2010.
18. PHAM, Phuong N.; VINCK, Patrick; STOVER, Eric. The Lord's Resistance Army and Forced Conscription in Northern Uganda. *Human Rights Quarterly*, vol. 30, n. 2, p. 404.
19. HUMAN RIGHTS CENTER. Op. cit., p. 16.
20. HUMAN RIGHTS WATCH. Abducted and abused: renewed conflict in northern Uganda, vol. 15, n. 12(A), p. 68.

Embora grande parte desse "exército infantil" tenha sido dizimada em razão dos conflitos, da fome e de doenças, calcula-se hoje que o LRA seja composto, aproximadamente, por 200 comandantes armados e mais de 3.000 crianças-soldados.

Esses dados são muito importantes não só para acessar a crueldade da atuação do grupo, como também para perceber a dificuldade na proposição de solução para o problema de Uganda, uma vez que grande parte dos perpetradores dos piores crimes contra a humanidade são, em primeiro lugar, vítimas do próprio movimento de que fazem parte.[21]

O governo de Uganda tem tentado, por diversas frentes e sem sucesso, combater e derrotar o LRA. Em 1991 foi lançada a *Operation North* que, embora tenha enfraquecido o movimento e levado a negociações formais de paz, não logrou êxito na conclusão dos acordos em razão da desconfiança entre as partes. O LRA, com grande apoio do Sudão, se fortaleceu e intensificou os ataques tanto em frequência quanto em grau de violência.

Tendo melhorado as relações diplomáticas com o governo de Sudão, Uganda lançou mão de mais duas tentativas militares para combater o movimento (*Iron Fist* I em 2001 e *Iron Fist* 2 em 2004), sem, contudo, alcançar resultados satisfatórios em nenhuma das operações.[22]

Diante da falta de perspectiva de iniciativas de sucesso para combater o LRA, o governo de Uganda focou-se na proteção da população civil, constante vítima dos crimes perpetrados pelo movimento. Foram criados, nesse contexto, campos de proteção da população civil. Os campos, contudo, mostram-se apenas mais uma tentativa fracassada do governo de proteger a população vitimada:

"Although designed to provide refuge from the LRA, the camps have failed to protect civilians from violence (...) The military provides little security, and, in fact, has been responsible for additional acts of violence."[23]

Com vistas a retomar as negociações de paz, o governo de Uganda editou, em 2000, o *Amnesty Act*, em que se propunha, a princípio, anistia irrestrita para todos os rebeldes que se entregassem. Embora o ato tenha tido um grande impacto, de forma que ao final de 2005 mais de 14.694 ugandeses tinham se

21. "These soldiers are both perpetrators and victims, ironically forced to commit violent acts against Acholi villages in the name of Acholi nationalism" (CHATLANI, 2007, p. 284).

22. CHATLANI, Hema. Op. cit., p. 285-286.

23. Idem, p. 287.

reportado à Comissão de anistia, não havia entre esses nem um único líder do movimento.[24] Perante a relutância dos líderes em se entregarem, o governo optou por emendar a Lei para eliminar a possibilidade de anistia para os líderes do movimento.[25]

Em dezembro de 2003, sem perspectiva de alternativa para os conflitos em Uganda, o presidente Museveni submeteu o caso ao Tribunal Penal Internacional, com base no art. 13, *a*, do Estatuto de Roma.[26]

Após quase um ano de investigações, o Tribunal Penal Internacional decidiu que a jurisdição era tão apropriada quanto necessária, tendo em vista a gravidade das violações no país e a falta de sucesso das soluções empregadas pelo governo.

Entretanto, tanto a submissão do caso ao TPI, quanto a decisão do Tribunal de prosseguir com as investigações suscitaram inúmeros questionamentos e controvérsias:

"This move – and the way forward in the North – has sparked an intense, and often acrimonious, debate within Ugandan civil society and the international community. On one side, it is argued that the ICC's intervention will undermine peace talks taking place between the LRA and the government's mediator, Betty Bigombe, as well as other local initiatives to bring about peace. On the other side, proponents of the ICC argue that pursuing peace without justice is not a viable long-term option, and the Court's presence in Uganda has had a positive impact, facilitating prospects for realizing sustainable peace, primarily by drawing greater international attention to the conflict and pressuring conflicting parties do resolve it."[27]

Conforme se depreende do trecho transcrito, há quem sustente que a atuação do Tribunal em um conflito ainda não solucionado, além de não ter perspectivas de eficácia, poderia interferir e impedir futuros acordos pela paz. Nas palavras de um dos líderes católicos do país, em entrevista ao jornal Irin

24. Idem, p. 288.

25. MULONDO E.; WALULYA G., Uganda: No amnesty for rebel leaders. *War crimes prosecution watch*, vol. 1, issue 6. 01.05.2006. Disponível em: [www.publicinternationallaw.org/warcrimeswatch/archives/wcpw_vol01issue06.html#u2]. Acesso em: 13.11.2009.

26. "O Tribunal poderá exercer sua jurisdição (...) se: (a) Um Estado-parte denunciar ao procurador, nos termos do art. 14, qualquer situação que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes" (Dec. 4.388/2002).

27. HUMAN RIGHTS CENTER. Op. cit., p. 7.

News: "To start war crimes investigations for the sake of justice at a time when the war is not yet over, risks having, in the end, neither justice nor peace delivered."[28]

Diante dessa perspectiva, o Tribunal chegou a cogitar a suspensão das investigações, caso fosse encontrada uma solução para acabar com a violência no país e desde que a suspensão ocorresse "no interesse da Justiça", como prevê o art. 53 do Estatuto de Roma.[29] Segundo relato do porta-voz da Corte em 2005, "if it is in the interest of justice to proceed with a peace agreement, the ICC is ready to suspend its investigations".[30]

Frente a essa primeira reflexão, importantes organizações não governamentais demonstraram veemente rejeição à ideia de uma possível suspensão das investigações. As críticas baseiam-se, principalmente, na ideia de que a expressão "interesse da Justiça" não engloba, e não deve englobar, possíveis negociações políticas pela paz. Os dois organismos de maior crítica oposição à proposta foram o *Human Rights Watch*[31] e a *Anistia Internacional*.[32-33]

Ambas as organizações se manifestaram claramente no sentido de que essa interpretação da discricionariedade do procurador seria inconsistente com o

28. UNITED NATIONS. Op. cit.

29. Art. 53, 1: "O Procurador, após examinar a informação de que dispõe, abrirá um inquérito, a menos que considere que, nos termos do presente Estatuto, não existe fundamento razoável para se proceder ao mesmo. Na sua decisão, o Procurador terá em conta se:
(...)
c) Tendo em consideração a gravidade do crime e os interesses das vítimas, não existirão, contudo, razões substanciais para crer que o inquérito não serve os interesses da Justiça."

30. UNITED NATIONS. Op. cit.

31. HUMAN RIGHTS WATCH. The meaning of the "interests of justice" in article 53 of the Rome Statute. *Policy Paper*. jun. 2005. Disponível em: [www.hrw.org/legacy/campaigns/icc/docs/ij070505.pdf]. Acesso em: 13.11.2009.

32. AMNESTY INTERNATIONAL. *Open letter to the chief prosecutor of the International Criminal Court: comments on the concept of the interests of justice*, escrita por Martin Macpherson, Senior Director of the International Law and Organizations Program. 17.06.2005. Disponível em: [www.amnesty.org/en/library/info/IOR40/023/2005/en]. Acesso em: 13.11.2009.

33. A escolha pelas duas organizações se deu não apenas por sua relevância e influência na Comunidade Internacional, como também pelo fato de serem as duas os ícones mais citados como oposição à ampla discricionariedade do procurador pelos artigos científicos utilizados que debatem o assunto.

dever legal do Tribunal Penal Internacional de processar e punir os maiores perpetradores dos crimes contra a humanidade.[34]

Dessa forma, em 2007 o TPI oficialmente adotou a interpretação aconselhada por esses organismos, o que pode ser visto no *Policy Paper in the interest of Justice* divulgado em setembro de 2007, em que se declarou expressamente que:

"The concept of the interests of justice established in the Statute, while necessarily broader than criminal justice in a narrow sense, must be interpreted in accordance with the objects and purposes of the Statute. Hence, it should not be conceived so broadly as to embrace all issues related to peace and security."[35]

Diante disso, decidiu-se pelo prosseguimento das investigações e o Tribunal expediu mandado de prisão para cinco líderes do LRA: Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen e Raska Lukwiya, sendo que o mandado de prisão deste último foi revogado em razão da notícia de seu falecimento. Entendeu, em suma, a *Pre-trial Chamber II*, que:

"The LRA has been directing attacks against both the UPDF and LDUs and against the civilian population; that, in pursuing its goals, the LRA has engaged in a cycle of violence and established a pattern of "brutalization of civilians" by acts including murder, abduction, sexual enslavement, mutilation, as well as mass burnings of houses and looting of camp settlements and that abducted civilians, including children, are said to have been forcibly 'recruited' as fighters, porters and sex slaves to serve the LRA and to contribute to attacks against the Ugandan army and civilian communities."[36]

A decisão da Corte em prosseguir as investigações parece não ter alterado o cenário de conflito. Muito pelo contrário, conforme se lê em diversos relatos, alguns ataques do LRA se intensificaram após a decisão e os líderes rebeldes se recusam a negociar com o governo de Uganda.

Paralelamente, em 21.10.2008, a *Pre-trial Chamber II*, decidiu iniciar o procedimento previsto no art. 19, 1, do Estatuto de Roma para verificar a admissi-

---

34. RODMAN, Kenneth A. Is peace in the interests of justice? The case for broad prosecutorial discretion at the International Criminal Court. *Leiden Journal of International Law* 22/100.

35. ICC-OTP. Policy paper on the interests of justice. p. 8. set. 2007. Disponível em: [www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPInterestsOfJustice.pdf]. Acesso em: 13.11.2009.

36. ICC. Transcript appeals chamber's decision. p. 3. set. 2009. Disponível em: [www.icc-cpi.int/NR/exeres/22B55391-FBE3-4650-BC8C-94113EF2C67E.htm]. Acesso em: 16.11.2010.

bilidade do caso perante o Tribunal, chamando a se manifestarem o promotor do caso, o advogado de defesa, o governo de Uganda e as vítimas envolvidas. Diante das manifestações, em 10.03.2009, a Câmara declarou que nessa fase o caso continuava admissível nos termos do art. 17 do Estatuto de Roma.

Em razão dessa decisão, o advogado pela defesa recorreu à Câmara de Apelações, sustentando, basicamente, que: (a) diante da ausência de qualquer contato com os acusados, ele era incapaz de representá-los sem a violação do Código de Conduta Profissional dos advogados; (b) a *Pre-trial Chamber* errou em iniciar o procedimento de admissibilidade do caso sem a presença dos acusados; e, por fim, que (c) a decisão no procedimento em pauta poderia constituir predeterminação, subtraindo o direito dos acusados de questionar a admissibilidade do caso.

No que diz respeito ao primeiro ponto levantado, a Câmara de Apelações entendeu que, ao contrário da representação individual dos acusados, aqui o advogado estaria representando a defesa em geral, não sendo, portanto, necessário o contato individual com os representados. Nas palavras do juiz Daniel David Ntanda Nsereko, falando pela Corte:

"Here, the mandate of counsel is to attend and represent the interests of the Defence. This representation is of a sui generis nature. It must be understood differently from the mandate of counsel who has been appointed to represent suspects as individuals."[37]

Em relação às duas outras questões suscitadas, a Corte decidiu que a decisão de admissibilidade é discricionária e só será sujeita à interferência da instância superior quando houver erro de direito, de fato ou de procedimento que afete materialmente a decisão.[38]

Diante disso, entendeu que a *Pre-trial Chamber* não cometera nenhum erro material e que, por essa razão, a decisão de iniciar o procedimento de admissibilidade não deveria ser revertida.

---

37. Idem, p. 7.

38. "In its judgment, the Appeals Chamber will not interfere with the Pre-Trial Chamber's exercise of discretion to make a determination proprio motu on the admissibility of a case merely because the Appeals Chamber, if it had the power, might have made a different ruling. (...) In the case of a proprio motu determination under the second sentence of art. 19, 1, of the Statute, the Appeals Chamber will not interfere with the Pre-Trial Chamber's exercise of discretion to determine admissibility, save where it is shown that that determination was vitiated by an error of law, an error of fact, or a procedural error, and then only if the error materially affected the determination" (ICC, 2009, p. 11-12).

Essa controvérsia brevemente narrada ilustra mais uma questão de difícil solução no prosseguimento das investigações. O TPI já expediu os mandados de prisão há mais de cinco anos, há notícias de que pelo menos dois dos líderes já tenham falecido[39] e não há qualquer indício de que se esteja perto de capturar os restantes.

Nas palavras do procurador da Corte Moreno-Ocampo, em entrevista à repórter do jornal *The New York Times*: "I'm a stateless prosecutor – I have 100 states under my jurisdiction and zero policemen".[40]

A questão que se coloca, portanto, diz respeito a qual tipo de *accountability* que se busca alcançar. Conforme se analisará a seguir, muito se tem dito sobre a necessidade de responsabilização de perpetradores de crimes contra a humanidade para alcançar o objetivo geral de prevenção e consolidação das normas internacionais.

O que se questiona aqui é a efetividade da Corte em levar a cabo essas proposições. O caso presente é emblemático à medida que não apenas ilustra a dificuldade do TPI em colocar em prática suas decisões, como também demonstra que determinados posicionamentos do Tribunal podem ir de encontro a outros clamores da população em zona de conflito.

As possíveis respostas para essa questão são o objeto da análise no próximo tópico.

3. OS "INTERESSES DA JUSTIÇA"

O conflito narrado no tópico anterior ilustra com clareza a tensão existente entre o objetivo legal de se efetivar o Estado de Direito para acabar com a impunidade e eventuais considerações políticas inerentes às negociações para o fim de conflitos armados.

A questão que se coloca, portanto, diz respeito à possibilidade e à conveniência de que o próprio gabinete do procurador leve em consideração questões políticas dos próprios conflitos em andamento na decisão de levar adiante a investigação de determinada situação.

---

39. GLASIUS, Marlies. What is Global Justice and who decides? Civil society and victim responses to the International Criminal Court's first investigations. *Human Rights Quarterly*, vol. 31, n. 2, p. 500.

40. RUBIN, Elizabeth. If not peace, then justice. *The New York Times*. New York, 02.04.2006. Disponível em: [www.nytimes.com/2006/04/02/magazine/02darfur.html]. Acesso em: 01.11.2010.

Há quem diga que o próprio Estatuto de Roma previu um dispositivo específico para casos como o presente. Conforme já mencionado, o Estatuto prevê, em seu art. 53, 1, que, após examinar as informações disponíveis, o procurador abrirá um inquérito a não ser que considere inexistirem fundamentos razoáveis para tanto. Já a alínea *c* do dispositivo determina que – nessa decisão – ele deverá ponderar se "tendo em consideração a gravidade do crime e os interesses das vítimas, não existirão, contudo, razões substanciais para crer que o inquérito não serve os *interesses da Justiça*".[41]

Diante dessa possibilidade – conforme já mencionado – o próprio procurador chegou a cogitar a suspensão das investigações caso houvesse perspectiva de uma solução que acabasse com a violência no país e que fosse ao encontro do "interesse da Justiça".[42]

Frente a essa primeira questão, o gabinete do procurador chamou ao diálogo organizações não governamentais para que se manifestassem acerca da interpretação do art. 531, *c*, bem como da amplitude da discricionariedade do procurador.

O objetivo dessa parte do trabalho é analisar os principais argumentos levantados contra e a favor de uma ampla discricionariedade do promotor do Tribunal, bem como a posição adotada pelo próprio gabinete do procurador nessa questão. Para tanto, após a análise do Estatuto e dos trabalhos preparatórios que o precederam em relação a essa questão, serão analisadas as questões levantadas por duas das principais Organizações Não Governamentais que se manifestaram sobre o assunto (Anistia Internacional e *Human Rights Watch*), o documento oficial apresentado pelo gabinete do procurador, bem como textos de acadêmicos que discutem o escopo e a interpretação do dispositivo.

3.1 Por uma restrita discricionariedade do procurador

3.1.1 O Estatuto de Roma e os trabalhos preparatórios

Muito embora o Estatuto de Roma não traga qualquer indicação sobre como interpretar a expressão "interesses da Justiça" prevista no art. 53, 1, *a*, vale aqui tecer algumas considerações acerca da intenção dos redatores do projeto, expressa no preâmbulo do diploma legal, bem como nos documentos oficiais de relato de sua elaboração.

Conforme se lê no preâmbulo do Estatuto, a criação de um Tribunal Penal Internacional permanente teve como fio condutor principal o fim da impuni-

41. Dec. 4.388/2002.

42. UNITED NATIONS. Op. cit.

dade dos perpetradores dos mais graves delitos. É o que se lê, por exemplo, dos parágrafos 5.°, 6.° e 7.° das disposições preambulares:

"Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, *não devem ficar impunes* e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional;

Decididos a *por fim à impunidade dos autores* desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes;

Relembrando que é *dever de cada Estado* exercer a respectiva *jurisdição penal* sobre os responsáveis por crimes internacionais (...)."[43]

Do trecho transcrito, observa-se que no substrato da criação de uma Corte permanente está o desejo de retribuição aos perpetradores dos "crimes de maior gravidade", e, apenas subsidiariamente, menciona-se "contribuir para a prevenção de tais crimes". Além disso, já no preâmbulo os redatores do Estatuto ressaltam o dever de cada Estado de "exercer a respectiva jurisdição *penal*".

Há ainda que se mencionar a possibilidade de afastamento da jurisdição da Corte pelo princípio do *ne bis in idem*, contido no art. 20 do Estatuto de Roma.[44] O dispositivo poderia ser interpretado como incluindo procedimentos não criminais, tais como comissões de verdade, anistia, entre outros. Entretanto, conforme sustenta Keller,[45] a linguagem do diploma legal parece apontar para outra direção. Isso porque o Estatuto é claro ao prever que o Tribunal não poderá julgar as pessoas que tenham sido "julgadas por outro Tribunal", exceto no caso em que o intuito do julgamento tenha sido afastar a "responsabilidade criminal" do réu ou ainda que tenha ele sido conduzido com parcialidade de forma inconsistente com a "intenção de submeter o acusado à ação da Justiça".

---

43. Dec. 4.388/2002, grifos nossos.

44. Art. 20, 3 – "O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6.°, 7.° ou 8.°, a menos que o processo nesse outro tribunal:
a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou
b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da Justiça."

45. KELLER, Linda M. Achieving peace with justice: The International Criminal Court and Ugandan alternative justice mechanisms. *Connecticut Journal of International Law* 23/244.

Diante disso, sustenta Keller que:

"The first hurdle to applying this provision to non-criminal proceedings is the reference to another trial before another court (...). [A] traditional proceeding like mato oput[46] is unlikely to be equated to a trial by a court. (...) In addition , the statute specifically refers to 'criminal responsibility' indicating that other forms of accountability are insufficient to bar prosecution by the ICC (...). 'Bringing justice' probably means accountability through criminal prosecution and punishment rather than through restorative justice mechanisms such as healing ceremony or ritual of forgiveness. (...) Therefore an accused whom benefited from amnesty or underwent non-criminal proceedings would probably be unsuccessful in challenging the ICC jurisdiction under the principle of *ne bis in idem*."[47]

Dos pontos levantados, podemos inferir que parece não haver, no espírito fundador do Tribunal Penal Internacional, uma intenção de se aceitar que formas alternativas de resolução dos conflitos (como, por exemplo, Justiça de transição) substituam o julgamento dos perpetradores por uma corte criminal (quer seja nacional ou internacional).

A centralidade do dever de punir, nesse contexto, parece estar em descompasso com a previsão do art. 53, 1, *c*, de que o procurador poderia sobrestar as investigações quando houvesse "razões substanciais para crer que o inquérito não serve aos interesses da Justiça". Diante de aparente paradoxo, necessário se faz verificar a documentação produzida pelos trabalhos preparatórios à elaboração do Estatuto de Roma.

Ocorre que também aí não é possível encontrar uma indicação clara do caminho a ser percorrido na interpretação do mencionado dispositivo. Isso porque a expressão "interesses da Justiça" é mencionada pouquíssimas vezes na elaboração do diploma legal.

Nos registros oficiais da Conferência de Plenipotenciários para o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional[48] ocorrida em Roma entre 15.06.1998

46. A autora se refere ao mecanismo de Justiça tradicional da população dos *Acholi* denominado *mato oput* que tem como objetivo central a restauração da harmonia social ao invés da imposição da punição. O procedimento envolve a confissão individual pelo perpetrador, seguida do estabelecimento dos fatos e da determinação da compensação adequada para as vítimas (KELLER, 2008, p. 229).

47. Idem, p. 244-245.

48. UNITED NATIONS. *United Nations Diplomatic Conference of plenipotentiaries on the establishment of an International Criminal Court*. vol. II. 15.06.1998 a 17.07.1998. Roma:

e 17.07.1998, só é possível encontrar duas menções aos "interesses da Justiça" diretamente relacionadas aos poderes do procurador.

No 29.º encontro, realizado em nove de julho de 1998, o Ministro de Relações Internacionais da Dinamarca Tyge Lehmann sustentou, ao afirmar que o Conselho de Segurança não deveria ter poderes para requisitar a suspensão de uma investigação, que a própria Corte poderia considerar se a suspensão serviria aos interesses da Justiça.[49] Não há, contudo, na fala do representante dinamarquês, qualquer aprofundamento na questão da possibilidade de se sobrestar as investigações.

Já no 41.º encontro, em 16.07.1998, o representante da República Árabe da Síria, Kaiss Al-Sheikh, manifestou apenas as reservas de sua delegação a respeito da possibilidade do procurador suspender uma investigação com base nos supostos "interesses da Justiça".[50] Também na manifestação do Ministro da Justiça sírio não encontramos qualquer ulterior deliberação acerca da abrangência da expressão.

A indefinição no que diz respeito à discricionariedade do procurador foi ressaltada inclusive pelo presidente da Conferência Diplomática de Roma, que assumiu que a expressão "interesses da Justiça" representa, de fato, uma ambiguidade criativa que pode dar margem ao reconhecimento, pelo procurador, da anistia como uma exceção à jurisdição da Corte.[51]

Diante da insegurança acerca da interpretação do dispositivo e das consequências práticas que já apareciam no decorrer das controvérsias pelo posicionamento do TPI no conflito em Uganda, em 30.11.2004 e 01.12.2004, o gabinete do procurador da Corte realizou uma Conferência com Organizações não governamentais tendo solicitado comentários acerca da interpretação da expressão "interesses da Justiça" no Estatuto de Roma.

Em face da solicitação do gabinete do procurador, duas importantes organizações apresentaram relevantes artigos a respeito da interpretação do art. 53,

---

Official Records, 1998. Disponível em: [untreaty.un.org/cod/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v2_e.pdf]. Acesso em: 16.11.2010.

49. "The Court might itself consider that suspending a case would serve the interests of justice, or the Court and the Council might cooperate on the basis of nonbinding arrangements, but not through a dictate." Idem, p. 322.

50. "Mr. Al-Sheikh (Syrian Arab Republic) expressed his delegation's reservations regarding the provisions in art. 54 allowing the Prosecutor to stop an investigation in the supposed interests of justice." Idem, p. 379.

51. SCHARF, Michael P. The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court. *Cornell International Law Journal* 32/507.

1, *c*, do Estatuto. Os argumentos levantados pelo *Human Rights Watch* e pela Anistia Internacional passam a ser analisados no próximo tópico.

3.1.2 Human Rights Watch *e Anistia Internacional*

Ambas as Organizações elaboraram artigos refutando a possibilidade de que eventuais investigações pudessem, com fundamento no art. 53, 1, *c*, ser suspensas pelo procurador, com base em eventuais negociações de paz ou mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

A *Human Rights Watch* (2005) defende o posicionamento com base em três pontos principais (1) a interpretação restrita do art. 53 seria consistente com a proposta e o objeto do Estatuto de Roma; (2) os princípios do direito internacional também requerem interpretação limitada do dispositivo; e (3) a discricionariedade do procurador não pode ser ampliada também por razões de política pública.

No que diz respeito às previsões do Estatuto de Roma, a Organização sustenta que a jurisdição da Corte não comporta exceções fundadas em esforços nacionais que não sejam a punição criminal (tais como comissões de verdade, anistia ou outros métodos de conciliação tradicionais), bem como baseadas em eventuais considerações a respeito de negociações de paz em andamento.

Argumenta-se que isso se dá, fundamentalmente, porque o próprio preâmbulo do diploma legal prevê a obrigação de punir dos Estados,[52] bem como estabelece os princípios da Corte que possuem como eixo central o fim da impunidade.

Além disso, sustenta-se que o próprio Estatuto prevê a possibilidade de sobrestamento das investigações em razão de eventuais interferências na paz internacional em seu art. 16.[53] Entretanto o único órgão legitimado para requerer a suspensão é o Conselho de Segurança, órgão político por sua natureza, e

52. "Relembrando que é *dever de cada Estado* exercer a respectiva *jurisdição penal* sobre os responsáveis por crimes internacionais (...)" (Dec. 4.388/2002).

53. Art. 16:
"Adiamento do inquérito e do procedimento criminal
Nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de doze meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas; o pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições."

jamais o gabinete do procurador, que, sendo um órgão judicial e não político, não possui legitimidade ou responsabilidade política.[54]

De acordo com a *Human Rights Watch*,[55] há, também no direito internacional, o dever dos Estados de punir os piores crimes contra a humanidade. Tal obrigação seria um princípio *jus cogens*, cuja existência é sustentada pela generalizada utilização do princípio *aut dedere, aut judicare* (extraditar ou julgar), encontrado em aproximadamente 70 convenções de Direito Internacional Criminal.[56]

Ademais, conforme já discutido, a obrigação de punir estaria inscrita no preâmbulo do próprio Estatuto de Roma, bem como no princípio da complementaridade inscrito no art. 17, segundo o qual os Estados teriam não apenas o direito de julgar as violações aos direitos humanos, como também o *dever* de fazê-lo.

Ainda considerando os princípios de direito internacional, a organização sustenta que não pode haver anistia em relação aos mais sérios crimes. De acordo com o artigo, tal proibição seria uma tendência internacional não apenas dos Estados, que estariam revisitando algumas leis de anistia, como também das Cortes Internacionais. É o que se lê, por exemplo, do trecho citado de uma decisão da Corte Especial de Serra Leoa:

"A State cannot bring into oblivion and forgetfulness a crime, such as a crime against international Law, which other States are entitled to keep alive and remember".[57]

Por fim, argumenta-se que uma leitura ampla do art. 53 prejudicaria a atuação do gabinete do procurador. Isso porque, conforme a HRW, levar em consideração questões como paz e segurança faria com que o gabinete tomasse para si julgamentos políticos que enfraqueceriam a sua posição e o sujeitariam a imensas pressões políticas e tentativas de manipulação por governos e por rebeldes.

---

54. HUMAN RIGHTS WATCH. *The meaning of...* cit., p. 7.

55. Idem, p. 9.

56. Reconhecendo a utilização de diferente nomenclatura por parte da doutrina, optou-se aqui por utilizar direito internacional criminal para se referir às infrações internacionais lidadas pelo direito (em oposição à persecução internacional baseada em normas de direito interno, objeto do direito criminal internacional). De outro lado, a escolha pela expressão direito criminal (em detrimento de direito penal) se deu com o intuito de separar a análise das condutas tidas como ilícitas das respostas penais comumente dadas a elas.

57. HUMAN RIGHTS WATCH. *The meaning of...* cit., p. 12.

Sustenta-se, nessa questão, que permitir tal sorte de considerações, faria com que o procurador perdesse a sua imparcialidade, tratando de forma desigual crimes iguais, ou, ainda, deixando de julgar maiores atrocidades, em desfavor de crimes menores.

Outrossim, a tensão entre "paz e justiça" estaria sempre presente, o que significa que – para evitar eventuais conflitos – só poderiam ser julgados crimes cometidos muito tempo depois que a instabilidade cessasse, minando, assim, qualquer objetivo de prevenção a curto prazo.

Argumenta-se, por fim, que a "Justiça", consubstanciada, ao entender da Organização, na punição e na marginalização dos perpetradores de violações tem significativo valor na contribuição da paz e da estabilidade, não sendo, portanto, valores tão diretamente conflitantes.

A Anistia Internacional,[58] por sua vez, em carta enviada ao procurador do Tribunal Penal Internacional, expressou também o seu entendimento de que ao gabinete não poderia suspender as investigações por razões políticas.

De acordo com a Organização, as três únicas possibilidades previstas pelo Estatuto de Roma para a suspensão das investigações seriam: (a) art. 16, autorizando o Conselho de Segurança a requerer a suspensão com fundamentos políticos; (b) art. 18, que requer que o procurador adie uma investigação quando tiver conhecimento de que o Estado Nacional está investigando os acusados; e (c) art. 19, quando a admissibilidade do caso é impugnada.

Conclui, portanto, que o art. 53 não foi concebido para permitir que o procurador iniciasse e interrompesse investigações ou processos criminais de forma a influenciar a paz ou o conteúdo das negociações políticas para acabar com um conflito armado.[59]

A Organização discorre, então, sobre quais seriam os maiores riscos em se suspender investigações e, ainda, porque a possibilidade de suspensão das investigações em virtude de negociações de paz não serviria ao papel que a Corte Internacional se propõe a executar.

No que diz respeito aos riscos, sustenta-se que a suspensão não só aumentaria a insegurança das vítimas e das testemunhas, como também geraria a sensação de impotência pelo fato da Corte de última instância desistir de processar um caso que nenhum Estado foi capaz de fazer. Além disso, haveria também o risco de deterioração das provas obtidas, bem como o enfraquecimento da cooperação diante do insucesso do procedimento.

---

58. AMNESTY INTERNATIONAL. Op. cit.

59. Idem, p. 3.

Argumenta-se que a suspensão das investigações não contribuiria para o papel da Corte na prevenção dos crimes. Ademais, conforme sustenta a Anistia Internacional:

"(...) a decision to suspend an investigation for political reasons would seriously undermine the Court's important function of acting as an effective catalyst to encourage police, prosecutors and investigating judges to fulfil their complementarity obligations in other situations to investigate and prosecute the worst possible crimes in the world."[60]

A possibilidade de suspensão dos procedimentos com base em razões políticas seria, ainda, contrária às normas internacionais que governam os deveres e a discricionariedade do procurador e são concebidas primordialmente para excluir, minimizar ou mitigar eventuais pressões políticas no exercício dessa discricionariedade.[61]

Além do risco das pressões externas, o procurador não estaria preparado para tomar decisões políticas nessas questões. De acordo com a Organização:

"The Office of the Prosecutor would have to make difficult and sensitive determinations more appropriate for diplomats and politicians concerning the good faith or lack of it of the parties to the political negotiations."[62]

A Anistia Internacional sustenta, por fim, que a suspensão das investigações sujeitaria o gabinete do procurador a constantes ameaças por parte dos grupos guerrilheiros. Isso porque, mesmo que as negociações para acabar com o conflito fossem bem sucedidas, as partes sempre poderiam ameaçar retomar o conflito armado caso a persecução criminal fosse reiniciada. Tal situação levaria inevitavelmente a uma suspensão permanente na forma de anistia ou de formas alternativas de resolução do conflito.

Feitas essas considerações acerca do posicionamento de duas das Organizações mais centrais nesse debate, passemos agora à resposta do gabinete do procurador a respeito da interpretação do art. 53, 1, *c*.

3.1.3 O gabinete do procurador

Instado a se manifestar a respeito da interpretação do termo "interesses da Justiça", o gabinete do procurador redigiu o *Policy Paper on the Interests of*

60. Idem, p. 6.

61. Idem, p. 5.

62. Idem, p. 4.

Justice,[63] manifestando o seu entendimento acerca da amplitude de sua discricionariedade.

No intuito de definir o significado do termo à luz do Estatuto de Roma, o texto inicia a sua argumentação ressaltando que apenas em circunstâncias excepcionais o procurador do Tribunal Penal Internacional concluirá que determinada investigação não servirá os interesses da Justiça.

Isso porque, conforme o gabinete, há uma tendência no direito internacional em se reconhecer o dever dos Estados de processar os crimes de relevância internacional cometidos dentro de sua jurisdição. Isso seria reconhecido não apenas pelo preâmbulo do Estatuto de Roma, como também pelos princípios estabelecidos pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas.[64]

Por fim, sustenta-se que o termo deve ser lido à luz dos objetos e finalidades do Estatuto de Roma, sendo que o preâmbulo do diploma legal já fornece vários indicativos de que a finalidade maior do estabelecimento do Tribunal seria o fim da impunidade e a prevenção dos mais graves crimes contra a humanidade. Nesse sentido, argumenta-se que: "considerations of prevention of serious crimes and guaranteeing lasting respect for international justice may be significante touchstones in assessing the interests of justice".[65]

O gabinete do procurador ressalta, ainda, a importância do caso em questão para se estabelecer a abrangência do termo e, consequentemente, de sua discricionariedade para se suspender a investigação:

"The situation of Uganda has perhaps attracted the most attention, given the attempts by various parties to resolve the conflict between the Government of Uganda and the LRA. This situation demonstrates well the exceptional nature of the provision on the interests of justice as well as the differences between this concept and the interests of peace."[66]

Dito isso, o artigo ressalta o novo quadro jurídico e conclui que não se trata de concordar ou discordar com a busca da Justiça em termos morais ou

63. ICC-OTP. Op. cit.

64. "States shall undertake prompt, thorough, independent and impartial investigations of violations of human rights and international humanitarian Law and take appropriate measures in respect of the perpetrators, particularly in the area of criminal justice, by ensuring that those responsible for serious crimes under international law are prosecuted, tried and duly punished" (Un Commission On Human Rights apud OTP-ICC, 2007, p. 4).

65. Idem, ibidem.

66. Idem, ibidem.

práticos, é a lei que a determina. "Any political or security initiative must be compatible with the new legal framework insofar as it involves parties bound by the Rome Statute."[67]

A seguir, o texto destaca e detalha alguns elementos que podem ser considerados na decisão acerca da suspensão das investigações (gravidade do crime, interesses das vítimas e circunstâncias particulares do acusado) para analisar os dois elementos mais relevantes no caso em questão: outros mecanismos de solução de controvérsias e negociações de paz.

Em relação a mecanismos alternativos, o gabinete ressalta que a persecução criminal é uma das respostas necessárias às grandes violações de direitos humanos, mas que pode se mostrar insuficiente, salientando que apóia inteiramente o papel exercido pelos procedimentos de persecução nacional, comissões de verdade, programas de reparação, reformas institucionais e mecanismos de justiça tradicional.[68]

Importante notar, contudo, que em nenhum momento há qualquer referência sobre a possibilidade de que tais mecanismos possam substituir a persecução internacional. Muito pelo contrário, em todas as passagens é ressaltado o caráter *complementar* desses procedimentos alternativos, não excluindo jamais a possibilidade de persecução criminal.

No que diz respeito a eventuais negociações de paz, o gabinete é incisivo ao afirmar que o conceito de interesses da Justiça não deve ser interpretado tão amplamente de forma a abarcar todas as questões relacionadas à paz e à segurança. Além disso, sustenta que tal sorte de considerações políticas pode ser de competência do Conselho de Segurança e de outras instituições, mas não do gabinete do procurador.

Conclui, portanto, reforçando a questão do combate à impunidade, que uma decisão de não processar criminalmente com base nos interesses da Justiça deve ser sempre a última hipótese. Isso porque há diversas outras possibilidades alternativas que podem assegurar medidas de segurança sem interromper os procedimentos criminais.

Conforme se pode observar, de acordo com o entendimento do *Human Rights Watch*, da Anistia Internacional e do gabinete do procurador, a suspensão de investigações com base nos interesses da Justiça e em eventuais considerações a respeito da paz e da segurança, não só estariam em desacordo com o Estatuto de Roma e com outras fontes do direito internacional, como tam-

67. Idem, ibidem.

68. Idem, p. 7-8.

bém não constituiriam uma boa política diante dos preceitos internacionais de combate à impunidade e de prevenção das mais graves violações de direitos humanos.

Há, contudo, quem discorde desse posicionamento e sustente que se o Tribunal Penal Internacional deseja ser uma Corte eficaz e duradoura, não pode se alienar das considerações práticas e da realidade com que se depara. É o que passaremos a analisar.

3.2 Por uma ampla discricionariedade do procurador

Em que pese o fato de que o Estatuto de Roma tenha como fios condutores a prevenção e a retribuição, conforme explicitado acima, e de que Organizações como o *Human Rights Watch* e a Anistia rotulem veementemente as possibilidades de suspensão das investigações e diferimento da persecução criminal como impunidade inaceitável aos olhos do Diploma Legal, pende ainda a análise de algumas outras questões.

Um ponto importante a se destacar diz respeito ao fato de que – apesar do nobre objetivo de prevenir futuras violações aos direitos humanos que sustenta a feroz defesa da persecução criminal, há que se considerar que, quando se trata de um conflito ainda em andamento, encerrar as graves violações imediatas deve (ou deveria) ser a principal preocupação.

Conforme aponta o Refugee Law Project:[69]

"The victims know what they want: first, an end to the war; second, to return to their ancestral homes and start a new life; and third, reconstruction of social services like schools and dispensaries. Once they are safe at home, and their children can go to school without fear of abduction, only then can they be asked about those who visited horror on them. Thus, justice, at least in the legalistic sense of the word, is last on their list of priorities."[70]

Diante disso, alguns acadêmicos começaram a se questionar se a posição do Tribunal Penal Internacional, mais precisamente, a posição adotada pelo gabi-

69. Organização não governamental criada para fornecer orientação legal para refugiados em Uganda. Disponível em: [www.refugeelawproject.org/]. Acesso em: 03.07.2011.

70. REFUGEE LAW PROJECT. The refugee law project's position paper on the announcement of formal investigations of the Lord's Resistance Army by the chief prosecutor of the International Criminal Court and its implications on the search for peaceful solutions to the war in northern Uganda. Disponível em: [www.refugeelawproject.org/archive/2004/RLP.ICC.investig.pdf]. p. 9. Acesso em: 16.11.2010.

nete do procurador de não levar em consideração questões envolvendo negociações de paz seria a mais adequada em uma situação como a aqui narrada. O objetivo dessa parte do trabalho é levantar os principais argumentos adotados pelos opositores desse posicionamento.

3.2.1 O dever de punir

Antes de proceder à análise crítica da posição adotada pela Corte frente ao conflito em Uganda, cumpre destacar que – ao contrário do que sustentam algumas Organizações – há quem argumente existir apenas uma limitada obrigação legal de punir.

Conforme sustenta Michael P. Scharf,[71] apenas duas convenções definem internacionalmente o dever legal de punir: as Convenções de Genebra e a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio.[72]

No que diz respeito à primeira, apenas haveria dever de processar as graves violações cometidas em um contexto de conflito armado internacional. Nesse sentido, a violação deveria ocorrer em uma situação envolvendo pelo menos dois Estados-Nação, o que não ocorre no caso em questão.

Em relação à Convenção de Genocídio, seus termos – e, inclusive, a obrigação de processar e punir os responsáveis por eventuais violações – aplicam-se tão somente aos casos em que haja intenção específica de destruir um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Conforme destaca Scharf,[73] os grupos políticos foram deliberadamente excluídos das categorias previstas no crime de genocídio. Considerando que o alvo do LRA pode ser considerado um alvo político, não há que se falar também na aplicação da Convenção de Genocídio.

Resta, ainda, tratar aqui do Estatuto de Roma em si. Reconhece o autor que o preâmbulo do Estatuto traz algumas disposições que indicariam para um eventual dever de processar e punir as violações nele previstas. Entretanto, embora deva ser considerado como uma fonte de informações do contexto em que o diploma legal foi criado, o preâmbulo não pode ser a única fonte de interpretação de todo o Estatuto. Nas palavras de Scharf:

"Thus, the Preamble constitutes a critical source of interpretation because it indicates both the treaty's context and its object and purpose. Yet, notwiths-

71. SCHARF, Michael P. Op. cit., p. 514-516.

72. Cumpre destacar, a esse respeito, que as Convenções citadas datam dos anos de 1949 e 1948, respectivamente.

73. SCHARF, Michael P. Op. cit., p. 517.

tanding this language, there are several articles of the Rome Statute that might be read as permitting the Court under certain circumstances to recognize an amnesty exception to its jurisdiction."[74]

Não obstante tais considerações, mais do que analisar questões literárias do Estatuto, faz-se imprescindível ponderar até que ponto a persecução criminal é capaz de contribuir para a efetivação dos objetivos da Corte.

3.2.2 O gabinete do procurador: uma instituição independente da política?

Um importante ponto a ser levantado diz respeito à instituição do gabinete do procurador. Até que ponto deve o procurador levar em conta as questões políticas em torno do conflito? Até que ponto ele é capaz de assumir para si o papel de tomar a decisão acerca da possibilidade de êxito das negociações ou, até mesmo, da influência das investigações nessas negociações?

Em relação a essa questão, importante analisar o trabalho de Kenneth A. Rodman e de Matthew R. Brubacher.

A respeito dos trabalhos apresentados pelas duas Organizações, Kenneth A. Rodman manifestou-se caracterizando essas interpretações como partidárias de uma vertente "legalista" de análise do direito. Conforme discute o professor, a tradição legalista procura isolar o direito internacional da Política Internacional de forma a construir processos legais éticos pela criação de instituições capazes de promover o devido processo legal e o Estado de Direito.[75]

Ao contrário da chamada vertente legalista, Rodman acredita que a separação do direito da política e a crença de que o primeiro é capaz de transformar a segunda opõe-se às próprias evidências propiciadas pelos tribunais de Crimes de Guerra:

"Those episodes demonstrate that political factors – most notably the power of the perpetrators relative to the forces arrayed against them and the political strategies of the latter to address the conflict – determine when a criminal law approach is effective and whether it contributes to peace."[76]

Dessa forma, valendo-se de exemplos como os conflitos na Bósnia e Herzegovina e em Serra Leoa, o autor sustenta que em casos em que os perpetradores de violações de direitos humanos ainda retêm significativo poder, é necessário um processo de negociação e barganha para chegar-se a uma resolução do conflito.

---

74. Idem, p. 522.

75. RODMAN, Kenneth A. Op. cit., p. 101.

76. Idem, ibidem.

"These arrangements are often problematical in terms of human rights, since those implicated in war crimes are allowed to enter the political arena. If, however, the international community is unwilling or unable to take enforcement actions against them, then there is no choice but to engage them in peace negotiations, and it is difficult simultaneously to criminalize them and to try to solicit their voluntary co-operation."[77]

Dito isso, o autor sustenta que, considerando os conflitos que se encontram sob a análise da Corte, o procurador deverá exercer sua "prudência política" para decidir quando e como proceder. Reconhecendo as críticas que sustentam ser o Conselho de Segurança uma instituição mais capaz e legítima de deliberar acerca de considerações políticas, o autor argumenta, de outro lado, que o Conselho tende a tomar decisões mais baseadas nos interesses dos países do que em uma estratégia política coerente.

Segundo Rodman, a atuação "cega" do procurador, com base exclusivamente no "dever de processar" e sem considerar outras questões políticas pode (1) aumentar o risco de violência em comunidades já vitimizadas, (2) minar a cooperação com os atores políticos relevantes, (3) alienar a Corte das comunidades devastadas pela guerra e, por fim, (4) alienar a Corte dos Estados doadores que estejam envolvidos em negociações pós-conflitos.[78]

O Tribunal Penal Internacional deve, tanto quanto possível, se prestar a separar o direito internacional criminal da política, de forma a deixar a justiça menos vulnerável a compromissos impostos pela diplomacia. Entretanto, conclui o professor:

"Pursuing justice in ways that are blind to power realities will either be futile exercises in high-mindedness or counterproductive to political settlements that are necessary to end violent conflicts. International Law cannot be isolated from the political context in which it has to operate."[79]

Na mesma linha segue Brubacher, ao sugerir a divisão entre as vertentes de Liberais e Realistas. Liberais seriam aqueles que, seguindo uma vertente legalista, – na proposição de um Tribunal permanente – aspirariam a uma instituição capaz de promover o devido processo legal e o Estado de Direito, construindo assim processos legais éticos.[80]

77. Idem, p. 110.

78. Idem, p. 121.

79. Idem, p. 125.

80. BRUBACHER, Mattew R. Prosecutorial discretion eithin the International Criminal Court. *Journal of International Criminal Justice* 2/73.

Para os Realistas, de outro lado, o direito internacional seria fruto da inter-relação de Estados que assentem em se vincular por normas que entendem ser do seu próprio interesse. Nesse contexto, a discricionariedade do procurador seria incompatível com a vertente, uma vez que criaria um ator não estatal capaz de mudar o comportamento dos Estados.[81]

Diante disso, o autor opta por se aliar à Escola de New Haven que enxergaria o direito não como derivado do consenso entre as partes a ele submetidas, mas de elementos de autoridade e de controle. A autoridade, nesse cenário, seria oriunda da habilidade dos tomadores de decisão de adotarem respostas que sejam, ao mesmo tempo em que corretas aos olhos da comunidade, capazes de serem implementadas de maneira eficaz. Dessa forma, Brubacher expressa o que, para ele, seria o posicionamento adequado dos procuradores:

"This approach allows the Prosecutor to reflect on the goals of the ICC and its organizational nature within the global context, and then to identify effective methods of influencing that environment. (...) The interrelationship of law and politics is complex and requires the Prosecutor to make decisions that are both compliant with objective legal criteria but capable of being implemented in a manner that adapts to the prevailing political and social context."[82]

Nesse contexto, o autor defende que – para tomar sua decisão acerca do prosseguimento ou não de uma investigação com base nos interesses da Justiça – o procurador deve ter em conta algumas considerações de Política Internacional. Nesse sentido, deve levar em conta os impactos da investigação no cenário internacional mais amplo, como, por exemplo, as potenciais ramificações políticas dentro de um Estado sobre o qual exerce jurisdição.[83]

Para o autor, esse tipo de consideração deve ser incluído no cálculo do procurador porque, embora suas decisões sejam produzidas objetivamente, não se pode ignorar a repercussão política que elas terão. No que diz respeito às negociações de paz, Brubacher sustenta que determinadas investigações podem aumentar a instabilidade das situações, principalmente a curto prazo, de forma que os processos de reconciliação em andamento não podem ser ignorados pelo procurador. Nesse sentido, defende o autor:

"The inclusion of international peace and security concerns thus requires the Prosecutor to weigh the risk that an investigation or prosecution may have on a political situation against the other interests that are likely to favour a

81. Idem, ibidem.

82. Idem, ibidem.

83. Idem, p. 81.

prosecution, including considerations of the gravity of the crime, interests of the victims and the role of the individual in the alleged crime."[84]

Frente a essas considerações, Brubacher sustenta que o procurador deve levar em consideração o impacto potencial de uma investigação em um conflito político, ao mesmo tempo em que sopesa outros critérios previstos no Estatuto de Roma, tais como a gravidade da ofensa, os interesses das vítimas e os interesses da comunidade internacional em assegurar justiça e *accountability*.

3.2.3 *Eficácia da Corte*

Outra importante questão suscitada por Brubacher diz respeito ao fato de que o esforço da corte para se manter alheia a considerações políticas pode – na verdade – representar o próprio "suicídio" da instituição.[85] Isso porque a capacidade do procurador de levar em consideração questões de segurança e paz se faz imperativa para angariar o apoio dos Estados.

Nesse sentido sustenta o autor:

"To ignore the political realities would subject the Court to a form of suicide in so far as it would become marginalized in its relations with states and, ultimately, in its ability to enforce international justice."[86]

As questões práticas na persecução dos objetivos da Corte são discutidas por Louise Parrot[87] que chama atenção não só para as dificuldades em proteger testemunhas e vítimas, mas também – e principalmente – para o fato de que a decisão de seguir adiante com os mandados de prisão pode ser responsável por ainda maior intensificação dos conflitos. Isso se dá, sobretudo, pelo fato de que os rebeldes não possuem qualquer incentivo para se envolver em tratativas com o governo Ugandense quando pende sobre eles a ameaça de prisão.

Além disso, destaca a autora, a dificuldade em dar efetividade ao cumprimento dos mandados enfraquece o apoio da Instituição mesmo entre aqueles que, a princípio, se mostraram adeptos de sua atuação. Some-se a isso o fato de já existirem inúmeros céticos em relação à capacidade do TPI de executar os mandados de prisão quando o governo de Uganda, há mais de 20 anos, se mostrou incapaz de fazê-lo.

---

84. Idem, p. 82.

85. Idem, p. 94.

86. Idem, ibidem.

87. PARROT, Louise. The role of the International Criminal Court in Uganda: ensuring that the pursuit of justice does not come at the price of peace. *Australian Journal of Peace Studies*, vol. 1, n. 1, p. 18.

Os efeitos negativos da atuação da Corte têm, em verdade, se concretizado na prática, como se pode observar das constantes e atuais notícias trazidas pela mídia a respeito de novos ataques.[88]

A questão que se coloca, portanto, diz respeito às perspectivas de eficácia de um Tribunal Internacional alheio a realidades locais. Reisman e Arsanjani alertam para a incapacidade da Corte, e de seus mecanismos legais, de propiciar uma solução para os conflitos em andamento:

"[T]he Ugandan government had been unable to resolve the problem in the north for at least eighteen years, whatever the reason for this failure and however hideous the crimes committed, one wonders what contribution to the settlement of the dispute accues from transferring the problem, at this juncture, to the International Criminal Court, a body that was neither intended nor equipped to resolve, through judicial means, a longstanding political problem of a government."[89]

Brubacher sustenta ainda que uma Corte que ignora suas limitações e que age sem considerar as complicações da realidade prática não apenas coloca em risco a sua efetividade em determinado caso concreto, como também a sua credibilidade como Instituição legal como um todo:

"As stated by Amnesty International, an ineffectual ICC is worse than having no ICC at all. The danger is that the application of power by the Court without an appreciation of its limitations will lead to the non-application or misapplication of its rules; setting such a negative precedent may cause those rules to lose their legal character."[90]

A ideia é compartilhada por Arsanjani e Reisman, que vão além ao afirmar que o Tribunal – ignorando a realidade política dos contextos em que pretende atuar – não apenas arrisca a sua credibilidade como Instituição, como também coloca em jogo o próprio direito internacional criminal.

---

88. Cf. HUMAN RIGHTS WATCH. The christmas massacres. fev. 2009. Disponível em: [www.hrw.org/en/reports/2009/02/16/christmas-massacres]. Acesso em: 17.11.2010.
HUMAN RIGHTS WATCH. DR Congo: Lord's Resistance Army rampage kills 321. 13.03.2010. Disponível em: [www.hrw.org/en/news/2010/03/28/dr-congo-lord-s-resistance-army-rampage-kills-321]. Acesso em: 17.11.2010.
HUMAN RIGHTS WATCH. CAR/DR CONGO: LRA conducts massive abduction campaign. 11.08.2010. Disponível em: [www.hrw.org/en/news/2010/08/11/cardr-congo-lra-conducts-massive-abduction-campaign]. Acesso em: 17.11.2010.

89. ARSANJANI, Mahnoush H.; REISMAN, W. Michael. The law-in-action of the International Criminal Court. *The American Journal of International Law*, vol. 99, n. 2.

90. BRUBACHER, Mattew R. Op. cit., p. 93-94.

"But having embarked on this venture and generated such high expectations, the ICC, if it fails, will engender severe, indeed intolerable, costs, not simply for the ICC as an Institution, but for the larger objectives of International Criminal Law."[91]

3.2.4 As funções da pena

Diante do cenário descrito no tópico anterior, mais do que se ater cegamente à ideia de dever de punir, faz-se necessário questionar-se a respeito dos objetivos que se *pretende alcançar* com a punição criminal e – ainda mais importante – os objetivos que se *é capaz* de alcançar com a punição criminal. A ideia de que a retribuição e a dissuasão são consequências naturais da persecução penal e apenas da persecução penal (quer nacional, quer internacionalmente) deve ser revisitada.

Em que pesem as considerações feitas anteriormente a respeito do fato do princípio do *ne bis in idem* englobar apenas iniciativas nacionais de persecução criminal, há que se considerar que a Corte poderia levar em conta outros mecanismos de resolução de conflito que não necessariamente envolvem um "julgamento por outro tribunal". Conforme sustenta o Refugee Law Project, não apenas a Jurisdição da Corte, mas também as concepções internacionais de justiça devem ser vistas como complementares às ideias locais de justiça.[92]

Dessa forma, após pesquisa conduzida junto à população de Uganda, a organização esclarece que a perspectiva local de Justiça criminal seria:

"[A] process of confessions, forgiveness, cleansing, reconciliation, responsibility, restoration, rehabilitation, stability and continuity. Unlike the adversarial nature of existing national and international concepts of international justice, the sense of justice described here is consensual and restorative with the primary aim of re-establishing social cohesion and ending communal violence.[93]

Embora não haja previsão de pena de morte ou ainda de privação de liberdade, sustenta a organização que há punição e há *accountability*.[94] Além disso,

91. ARSANJANI, Mahnoush H.; REISMAN, W. Michael. Op. cit., p. 403.

92. REFUGEE LAW PROJECT. Op. cit., p. 7.

93. Idem, p. 8.

94. "There is punishment and there is accountability. For example, a person who commits murder not only might be required to make material restitution to the family of the bereaved, but also might be assigned the responsibility of taking care of the family for the rest of his/her life" (REFUGEE LAW PROJECT, 2004, p. 8).

o processo envolve toda a comunidade e, além de tratar os delitos do caso concreto, lidam também com as raízes das condutas delituosas.

O que se coloca em questão não é apenas a capacidade do Tribunal de olhar para mecanismos alternativos de resolução de conflitos com visões distintas de responsabilização, mas também de considerar seus próprios objetivos e funções e sua capacidade de realizá-los.

A conexão punição criminal e retribuição/dissuasão parece não ser tão automática como se pretende, principalmente quando levamos em consideração as peculiaridades do conflito em tela.

No que diz respeito à prevenção geral e específica, David Wippman levanta sérios questionamentos acerca da capacidade das persecuções levadas a cabo pela Corte promoverem tais objetivos. Em relação à prevenção específica, o autor defende que a presunção de que haja um cálculo de custo/benefício por parte dos infratores deve ser vista com grande restrição por três razões principais.[95]

Citando, em primeiro lugar, pesquisa conduzida na Bósnia pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, o autor ressalta que a maioria dos soldados que violaram o direito internacional humanitário entendiam as normas a que estavam sujeitos, aceitavam sua legitimidade e acreditavam que elas deviam ser seguidas, mas simplesmente não viam suas ações como uma violação a essas regras.[96] A função de dissuasão da pena, portanto, não seria eficaz por faltar-lhe um dos pilares fundamentais para a prevenção de futuras infrações: a internalização do conteúdo e da legitimidade da norma.

Além disso, a própria estrutura hierárquica de crimes praticados em contexto de conflitos internos e internacionais prejudica a função dissuasiva da pena. Isso porque a grande maioria dos combatentes vê a si mesmo como um instrumento dos objetivos de outra pessoa, o que – de certa forma – o exime da responsabilidade individual por seus atos.

Some-se a isso, por fim, o fato de que – em virtude do reconhecimento da estrutura hierárquica desses conflitos – geralmente apenas o escalão superior de comando é indicado como o responsável pelas atrocidades (sendo que, por vezes, sequer a persecução dos líderes é bem sucedida).[97] É o que se observa, por exemplo, no caso em questão, em que, diante de um exército de milha-

95. WIPPMAN, David. Op. cit., p. 476.

96. Idem, p. 477.

97. "The Tribunal's inability to prosecute either a substantial numbers of lower-level war crimes suspects or any of the most senior figures responsible for ethnic cleansing

res de pessoas, foram expedidos apenas cinco mandados de prisão. Haveria, portanto, em eventual cálculo custo/benefício, pouco peso para a questão do custo – diante da baixa probabilidade de que os infratores fossem processados.

No que se refere a prevenção geral, o autor faz menção ao argumento de Payam Akhavan, segundo o qual a punição de determinados indivíduos é capaz de alcançar a prevenção pela estigmatização dos ofensores e, consequentemente, pela substituição de uma cultura de impunidade por uma cultura de observância da lei.[98] Para Wippman, contudo, apenas a punição de alguns indivíduos é incapaz de transformar a cultura. Isso porque o efeito simbólico da punição não é sempre claro (cita-se, como exemplo, o fato de que os sérvios viam o Tribunal da Iugoslávia como parcial, tendendo a não aceitar suas decisões como normas sociais). Além disso, a pesquisa conduzida pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha sugeriu, conforme já discutido, que a internalização das normas não teria sido (ou não fora) suficiente para prevenir as atrocidades.[99]

A questão da retribuição não foge às dificuldades no contexto do conflito de Uganda e a principal razão para tanto é o fato de que cinco indivíduos foram eleitos os responsáveis por todas as atrocidades cometidas dentro de um conflito interno que perdura por mais de 20 anos. Além da dificuldade de se lidar com o exército de crianças que, outrora vítimas, hoje se tornaram perpetradoras, há ainda a questão das próprias Forças Armadas de Uganda, supostamente responsáveis por diversas violações dentro dos campos de proteção da população civil.

A complexidade do problema é ressaltada por Pierrette Poncela que delineia a principal questão a ser colocada: "Qu'en est-il d'une peine individualisée pour sanctionner des violences politiques colectives, des crimes politiques collectifes?".[100]

Se de um lado a seletividade corre o evidente risco de falhar na base fundamental da retribuição: a culpabilidade individual (um indivíduo deve ser responsabilizado de forma proporcional pelos atos que cometeu), não há como negar que a persecução criminal de todos os responsáveis por violações é, mais do que inconveniente, inviável.

---

sends at best a mixed message to those who might be inclined to engage in ethnic cleansing in the future" (WIPPMAN, 2000, p. 481).

98. Idem, p. 486.

99. Idem, ibidem.

100. PONCELA, Pierrette. Mesure e motivation de la peine dans lês jugements du TPIY. *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*. p. 326. Paris: LGDJ, 2002.

Diante desse impasse, Keller advoga a adoção de um modelo alternativo de retribuição, o *victim-conscious retribution*. Segundo a autora, o modelo desloca o foco da retribuição do infrator para o reconhecimento da vítima via condenação pública do ato infrator e pode envolver punição nas formas de condenação moral (e.g. manifestações públicas de estigma e censura) e *accountability* interna (confissão e reconhecimento de culpa pelo acusado).[101]

O procedimento deve ir além da figura do acusado para as próprias instituições responsáveis pelo conflito e, por essa razão, envolve uma investigação muito mais ampla que leve em consideração as raízes do conflito em si. Dessa forma, conclui a autora que a comissão de verdade de Uganda é capaz de alcançar os objetivos da retribuição *victim-conscious* mais facilmente do que a persecução criminal.[102]

Por fim, uma última questão a ser levantada diz respeito à neutralização como função da pena. Embora não haja em qualquer disposição do Estatuto de Roma a função – quase que policial – da Corte de ser responsável pelo encerramento de conflitos, há quem sustente que a expedição dos mandados de prisão em face dos cinco líderes do movimento – e a posterior execução dos mandados – deixaria o LRA "sem cabeça" e acabaria com os conflitos.

Tal assertiva, contudo, ignora dois pontos principais. O primeiro, e mais evidente, diz respeito ao fato de que o governo de Uganda vem, há mais de 20 anos, por operações militares, tentando desestruturar o movimento sem qualquer êxito. O que leva os defensores da Corte a acreditar que uma Instituição sem força policial própria e sem conhecimento da realidade local poderia fazê-lo não nos parece clara.

Além disso, não nos parece evidente a ligação direta entre a captura dos três principais líderes do movimento[103] e o fim do LRA, que conta com grande número de soldados, muito provavelmente divididos em diversos subescalões. É o que conclui também o Refugee Law Project, após pesquisas conduzidas junto a população de Uganda:

"While the killing of Jonas Savimbi of Unita led to the demise of Unita, killing Kony might not automatically lead to an end of the war. In fact, during our research into the northern conflict, it was clearly stated that, while there

101. KELLER, Linda M. Op. cit., p. 269.

102. Idem, ibidem.

103. Embora o TPI tenha reconhecido oficialmente a morte de apenas um dos líderes (Raska Lukwiya), há notícias de que Vincent Otti tenha também morrido (GLASIUS, 2009, p. 500).

were no sympathies for the leadership of the LRA, the killing of Kony or the placing of him on trial in an international venue could serve to foster resentment and further civil unrest. The emphasis was clearly on bringing him to justice within local cultural systems".[104]

Feita essas considerações a respeito das pretendidas funções que a atuação do TPI pode desempenhar no conflito e os clamores por "justiça" sob o manto do fim da impunidade, permanece a questão sobre até que ponto a Corte deve persistir na ideia de dever de punir como única forma de promover o direito internacional criminal, mesmo quando deparada com evidentes limitações.

4. CONCLUSÃO

O Tribunal Penal Internacional foi criado sob o fio condutor de imputação criminal para prevenção de futuras atrocidades. A individualização dos perpetradores e a imputação de responsabilidade pelas atrocidades cometidas podem, de fato, levar ao empoderamento das vítimas e a certa pacificação social. Entretanto não há como simplificar o conflito em uma mera equação agressor/vítima, principalmente quando se trata de conflitos como os que chegam ao alcance da Corte, frequentemente envolvendo complexas questões políticas, étnicas e raciais. Mais do que agressor/vítima, tal sorte de conflito envolve todo o contexto interno de determinado país, suas condições político-sociais, sua história e suas instituições.

Diante desse cenário, uma Corte Internacional que se pretende efetiva e capaz de proteger "a paz, a segurança e o bem-estar da humanidade" não pode tapar os olhos para as realidades práticas que a circundam.

Conforme se pôde observar, muito tem se dito a respeito do dever de punir e do fim da impunidade como única forma de implementação efetiva das normas internacionais e de pacificação social. Dessa forma, diante de um contexto – como o conflito de Uganda – em que os instrumentos disponíveis à Corte parecem incapazes de promover os objetivos do Estatuto de Roma, o debate tem se polarizado entre, de um lado, as especificidades do diploma legal, com a concretização do dever de punir como única forma de promover o Estado de Direito e, de outro, a aceitação das realidades políticas locais como limitadoras do alcance do Tribunal.

Da análise do conflito em Uganda, pode se perceber que a atuação do TPI, da forma como vem sendo moldada, não tem demonstrado muitos resultados.

104. REFUGEE LAW PROJECT. Op. cit., p. 6.

Os conflitos armados continuam no país, assim como continuam os sequestros das crianças e as graves atrocidades contra a população dos *Acholi*. O LRA não retornou às mesas de negociação e não demonstra qualquer intenção de retornar enquanto os mandados de prisão estiverem pendentes.

Entretanto, vale destacar que não há – conforme os debates descritos pareceram delinear – uma mera contraposição entre direito e política. Não se trata aqui de fazer concessões para realidades políticas específicas de poder deixando no esquecimento as graves violações que tenham ocorrido. O que está em jogo, em verdade, é a capacidade da corte de lidar com essas violações, a capacidade da Corte de dar uma resposta satisfatória ao que aconteceu. Muito se tem falado sobre a necessidade de mostrar para vítimas e para potenciais infratores que a justiça está sendo feita, que os crimes não estão impunes. Qual justiça as vítimas do massacre de Natal estão vendo ser feita? Qual impunidade encaram os líderes de um movimento que – defrontados por mandados de prisão expedidos há mais de cinco anos – continuam a perpetrar as mais graves violações de direitos humanos?

Se o TPI pretende ser uma instituição legal capaz de colaborar no *enforcement* do Estado de Direito e na prevenção de graves crimes contra a humanidade, deve ser capaz de reconhecer as suas limitações como Tribunal. Isso não quer dizer, contudo, que se esteja reconhecendo a falência do direito e sua completa submissão às questões políticas. O que se está em jogo é a necessidade de reconhecimento que concepções de direito e de Justiça podem englobar muito mais do que o dever de punir individualmente as infrações cometidas.

Casos como o presente transparecem a complexidade de se tratar questões criminais como questões adversariais e bipolarizadas, alheias ao meio em que se encontram inseridas. Diante disso, mais do que recorrer ao tradicional retributivismo, cujo maniqueísmo bipolarizado tem exibido tão poucos frutos, faz-se necessário questionar as raízes dos conflitos e as bases sobre as quais eles se instauraram e isso não se faz possível pelo sistema adversarial de um Tribunal.

Comissões de conciliação e verdade não apenas são um palco para o levantamento e a discussão das causas e das consequências dos conflitos – o que, por si só, já desempenharia um importante papel na cessação das violações e na reconstrução do país – como também são capazes de promover objetivos como dissuasão, restauração e retribuição.[105] Some-se a isso o fato de constituírem um procedimento consensual que, propiciando a negociação como os grupos armados – possui maiores chances de por fim dos conflitos internos e reestabelecer a coesão social.

105. KELLER, Linda M. Op. cit., p. 165-175.

Diante disso, ao invés de questionar se as negociações políticas devem triunfar sobre a justiça, devemos refletir sobre qual a justiça que queremos ver sendo feita e, mais do que isso, como essa justiça pode contribuir para a "paz, segurança e o bem-estar da humanidade". Não podemos nos esconder atrás do "dever de punir" e acreditar que a ideia de retribuição seja um fim que se esgota em si mesmo.

Por fim às "atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade" é um objetivo compartilhado pelas mais diversas teorias. O que se questiona aqui é que ao invés de reconhecer a falência e abrir mão dos instrumentos de que dispomos atualmente ou – pior – ocultar sua ineficácia e persistir cegamente em sua utilização, talvez seja hora de pensar e propor novos instrumentos para lidar com essas questões.

5. REFERÊNCIAS

AKHAVAN, Payam. The Lord's Resistance Army case: Uganda's submission of the first state referral to the International Criminal Court. *The American Journal of International Law*. vol. 99. n. 2. p. 403-421. New York: Ed. Baker, Voorhis e Co. for the American Society of International Law, abr. 2005.

AMNESTY INTERNATIONAL. Open letter to the chief prosecutor of the International Criminal Court: comments on the concept of the interests of justice. 16.06.2005. Disponível em: [www.amnesty.org/en/library/info/IOR40/023/2005/en]. Acesso em: 03.07.2011.

ARSANJANI, Mahnoush H.; REISMAN, W. Michael. The Law-in-action of the International Criminal Court. *The American Journal of International Law*. vol. 99. n. 2. p. 385-403. New York: Ed. Baker, Voorhis e Co. for the American Society of International Law, abr. 2005.

BRUBACHER, Mattew R. Prosecutorial discretion within the International Criminal Court. *Journal of International Criminal Justice*. vol. 2. p. 71-95. Oxford: Oxford University Press, 2004.

CHATLANI, Hema. Uganda: a nation in crisis. *California Western International Law Journal*. vol. 37. n. 2. p. 277-298. San Diego: California Western School of Law, set. 2007.

GLASIUS, Marlies. What is Global Justice and who decides? Civil society and victim responses to the International Criminal Court's first investigations. *Human Rights Quarterly*. vol. 31. n. 2. p. 496-520. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, may 2009.

HINE, David. Dueling ideals: bridging the gap between peace and justice. *Boston College International and Comparative Law Review*. vol. 32. issue 1. p. 129-141. Boston: Boston College Law School, 2009.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Abducted and abused: renewed conflict in northern Uganda*. vol. 15, n. 12 (A). New York: Human Rights Watch, jul. 2003.

_____. CAR/DR Congo: LRA conducts massive abduction campaign. 11.08.2010. Disponível em: [www.hrw.org/en/news/2010/08/11/cardr-congo-lra-conducts-massive-abduction-campaign]. Acesso em: 17.11.2010.

_____. *DR Congo: Lord's Resistance Army rampage kills 321*. 13.03.2010. Disponível em: [www.hrw.org/en/news/2010/03/28/dr-congo-lord-s-resistance-army-rampage-kills-321]. Acesso em: 17.11.2010.

_____. Forgotten voices. A population-based survey on attitudes about peace and justice in northern Uganda. jul. 2005. Disponível em: [www.ictj.org/images/content/1/2/127.pdf]. Acesso em: 22.11.2010.

_____. The christmas massacres. fev. 2009. Disponível em: [www.hrw.org/en/reports/2009/02/16/christmas-massacres]. Acesso em: 17.11.2010.

_____. The meaning of the "interests of justice" in article 53 of the Rome Statute. *Policy paper*. jun. 2005. Disponível em: [www.hrw.org/legacy/campaigns/icc/docs/ij070505.pdf]. Acesso em: 13.11.2009.

ICC. Case Information Sheet on Uganda. *ICC-PIDS-CIS-UGA-001-001/10_ENG*. 16.06.2010. Disponível em: [www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E7F674DF-C2D8-4A86-98C1-4C9621050D4B/282225/KonyEtAllENG.pdf]. Acesso em: 16.11.2010.

_____. Transcript appeals chamber's decision. set. 2009. Disponível em: [www.icc-cpi.int/NR/exeres/22B55391-FBE3-4650-BC8C-94113EF2C67E.htm]. Acesso em: 16.11.2010.

ICC-OTP. Policy paper on the interests of justice. set. 2007. Disponível em: [www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPInterestsOfJustice.pdf]. Acesso em: 13.11.2009.

KELLER, Linda M. Achieving peace with justice: the International Criminal Court and Ugandan alternative justice mechanisms. *Connecticut Journal of International Law*. vol. 23. p. 209-279. Hartford: University of Connecticut School of Law, 2007.

MULONDO E.; WALULYA G., Uganda: No amnesty for rebel leaders. *War crimes prosecution watch*. vol. 1. issue 6. 01.05.2006. Disponível em: [www.publicinternationallaw.org/warcrimeswatch/archives/wcpw_vol01issue06.html#u2]. Acesso em: 13.11.2009.

PARROT, Louise. The role of the International Criminal Court in Uganda: ensuring that the pursuit of justice does not come at the price of peace. *Australian Journal of Peace Studies*. vol. 1. n. 1. p. 8-29. 2006.

PHAM, Phuong N.; VINCK, Patrick; STOVER, Eric. The Lord's Resistance Army and Forced Conscription in Northern Uganda. *Human Rights Quarterly*. vol. 30. n. 2. p. 404-411. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, mayo 2008.

PONCELA, Pierrette. Mesure e motivation de la peine dans lês jugements du TPIY. *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*. p. 325-335. Paris: LGDJ, 2002.

REFUGEE LAW PROJECT. The refugee law project's position paper on the announcement of formal investigations of the Lord's Resistance Army by the chief prosecutor of the International Criminal Court and its implications on the search for peaceful solutions to the war in northern Uganda. Disponível em: [www.refugeelawproject.org/archive/2004/RLP.ICC.investig.pdf]. Acesso em: 16.11.2010.

RODMAN, Kenneth A. Is peace in the interests of justice? The case for broad prosecutorial discretion at the International Criminal Court. *Leiden Journal of International Law*. vol. 22. p. 99-126. 2009.

RUBIN, Elizabeth. If not peace, then justice. *The New York Times*. New York, 02.04.2006. Disponível em: [www.nytimes.com/2006/04/02/magazine/02darfur.html]. Acesso em: 01.11.2010.

SCHARF, Michael P. The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court. *Cornell International Law Journal*. vol. 32. p. 507-527. 1999.

UNITED NATIONS. Uganda: ICC could suspend northern investigations – Spokesman. *Irin News: Humanitarian News and Analysis*. Nairobi. 18.04.2005. Disponível em: [www.irinnews.org/Report.aspx?ReportId=53945]. Acesso em: 13.11.2009.

_____. *United Nations Diplomatic Conference of plenipotentiaries on the establishment of an International Criminal Court*. vol. II. 15.06.1998 a 17.07.1998. Roma: Official Records, 1998. Disponível em: [http://untreaty.un.org/cod/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v2_e.pdf]. Acesso em: 16.11.2010.

WIPPMAN, David. Atrocities, deterrence, and the limits of the international justice. *Fordham International Law Journal*. vol. 23. p. 473-488. 1999.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Algumas consignações acerca do Tribunal Penal Internacional: origem, fundamento, características, competência, controvérsias e objetivos, de Márcio Medeiros Furtado – *RT* 783/469;
- O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional, de João Manuel da Silva Miguel – *RBCCrim* 37/11; e
- 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.