59191

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 95 • mar.-abr. / 2012

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 95 • mar.-abr. / 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, Heloísa Estellita e Mariângela Lopes.

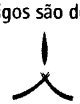
CONSELHO EDITORIAL – Alamiro Velludo Salvador Netto, Alaor Leite, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, André Augusto Mendes Machado, Andrei Zenkner Schmidt, Carina Quito, Carlos Weis, Carolina 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 Drsini 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 María Romeo-Casabona, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Francisco Muñoz Conde, Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Mauricio Martínez Sánchez, Nicolás Rodríguez García, Pedro Caeiro, Olga Spinoza, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia, Stella Maris Martinez e Urs Kindhäuser.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.



IBCCRIM

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

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 20 • vol. 95 • mar.-abr. / 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. 95 • mar.-abr. / 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: [04-2012]
Profissional
Fechamento desta edição: [10.04.2012]



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

Corretora dos Trabalhos de Conclusão do VI Curso de Direito Penal Econômico e Europeu
Heloisa Estellita

Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais
Ana Lúcia Menezes Vieira

Direito Penal Econômico
Heloisa Estellita

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.º Região (Maranhão e Piauí) – Roberto Carvalho Veloso

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

4.º Região *(Distrito Federal, Goiás e Tocantis)* – Mohamad Ale Hasan Mahmoud

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

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

Coordenadorias Estaduais

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

2.ª Estadual (Pernambuco) – André Carneiro Leão

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

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

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

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

10.ª Estadual (Alagoas) – Ivan Luis Marques da Silva

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

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

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

Sumário

Teoria Geral

1. Dolo como reproche objetivo. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental
   Gabriel Pérez Barberá 13

2. Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do direito penal
   Luís Greco 43

3. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos
   Urs Kindhäuser
   Traduzido por Beatriz Corrêa Camargo 85

4. A crítica de Kant à teoria empírica do direito
   Wolfgang Naucke
   Traduzido por Luís Greco 97

Parte Especial

1. Esencia y clases del cohecho político
   José Luis Guzmán Dalbora 117

Legislação Penal Especial

1. *Doping*, delimitação do interesse jurídico-penal e a fórmula omissiva
   Paulo César Busato 147

Processo Penal

1. Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente
   Cláudio do Prado Amaral 165

2. De que forma a análise forense de drogas pode afetar os direitos humanos fundamentais?
   Bruno Duarte Sabino, Rodrigo Grazinoli Garrido, Rodrigo Borges de Oliveira e Alexandre Giovanelli 195

CRIME E SOCIEDADE

1. Etnocídio, reificação e luta por reconhecimento: uma abordagem a partir do pensamento de Axel Honneth
GUSTAVO JOSÉ CORREIA VIEIRA 215

2. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a *alopoiesis* do Direito Penal
JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA 239

SISTEMA PRISIONAL

1. Surgimento e crítica do modelo americano de prisão *supermax*
ALCIDES MARQUES PORTO PACHECO 275

2. A influência de códigos extralegais do sistema penitenciário do Rio de Janeiro sobre os familiares de presos
THAIS LEMOS DUARTE E ALEXANDRE BARBOSA FRAGA 303

DIREITO PENAL ECONÔMICO

1. A conformação constitucional do direito penal econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal
FELIPE MACHADO CALDEIRA 327

2. Notas reflexivas em torno do direito penal econômico e do conteúdo material do ilícito penal econômico
STEPHAN DOERING DARCIE 357

3. O delito de fraude em financiamento (art. 19 da Lei 7.492/1986): por uma compreensão a partir da gestão de risco de crédito
THIAGO ZUCCHETTI CARRION 405

DIRETO INTERNACIONAL

1. Introdução à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia
VITAL MOREIRA 443

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

1. Acórdãos

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4.ª REGIÃO

TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - Pena - Estrangeiro - Substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos
Resenha por ANTONIO BAPTISTA GONÇALVES 471

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO

CERCEAMENTO DE DEFESA - Prova - Violência doméstica - Laudo de exame de lesões corporais - Assinatura por um único perito oficial que não invalida a perícia • SENTENÇA - Decisão condenatória - Nulidade - Ausência de fundamentação - Falta de apreciação de teses defensivas que não invalida a decisão quando o julgador apresenta os fundamentos de seu convencimento • EXCLUDENTE DE ILICITUDE - Legítima defesa - Violência doméstica • ERRO DE PROIBIÇÃO - Agente que agride fisicamente sua companheira, com quem vive maritalmente, e foge logo em seguida • PENA - Violência doméstica - Fixação da reprimenda acima do mínimo legal - Existência de agressões anteriores à mesma vítima que demonstram periculosidade do agente
Resenha por ANTONIO BAPTISTA GONÇALVES 485

RESENHAS

1. *A busca da verdade no processo penal*, de Marco Antonio de Barros
Resenha por DANIEL ZACLIS 497

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 501

TEMAS 503

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 507

Dolo como reproche objetivo Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental

1

Intent as an objective censure
Overcoming the idea of intent as a mental state

Gabriel Pérez Barberá

Profesor de Derecho Penal en la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

Área do Direito: Penal

Resumen: El autor trata de refutar la concepción tradicional del dolo como un estado mental reformulando el concepto con base en parámetros normativos que se refieren a la racionalidad de la máxima que guía la conducta del agente.

Palabras clave: Dolo - Distinción entre dolo eventual y culpa consciente - Elementos subjetivos - Ceguera frente a los hechos.

Abstract: The paper tries to deny the traditional concept of intent as a mental state, and proposes to change it into a normative idea, related to the rationality of the maxim which underlies the agent's conduct.

Keywords: Intent - Negligence - Recklessness - Willful blindness.

Sumário: 1. Introducción - 2. La cuestión del derecho positivo - 3. Aproximación sintáctica al concepto de dolo - 4. Aproximación semántica al concepto de dolo - 5. Concepto de dolo y teoría de la probabilidad - 6. Reglas para la aplicación práctica - 7. Correcciones sistemáticas.

1. INTRODUCCIÓN

Dolo[1] no es ni voluntad ni conocimiento. Imprudencia, por su parte, no es ni ausencia de voluntad ni ausencia de conocimiento. Ello, sin embargo, no significa que voluntad y conocimiento, así como sus ausencias correspondientes, no jueguen papel alguno respecto de estas categorías. Tales estados mentales, en tanto datos empíricos que son, pueden, llegado el caso y junto con otros, ser relevantes para la conformación de los supuestos de hecho individuales que realicen el dolo o la imprudencia. Pero en lo que respecta a los *conceptos* de ambas categorías nada tienen que aportar.

Hace casi un siglo que es un lugar común en la doctrina dominante comprender a la imprudencia como una categoría normativa, que nada tiene que ver con un estado mental. Se la entienda como violación a un deber de cuidado o como creación de un riesgo no permitido, esa doctrina dominante considera invariablemente que la imprudencia importa un *reproche objetivo* a la conducta del autor.[2] Pues bien, no se comprende por qué no se ha concluido lo mismo respecto del dolo, al que se lo continúa considerando un concepto empírico, psíquico, concretamente un estado mental (conocimiento, voluntad etc.). Una conducta es penalmente típica sólo si es dolosa o si es imprudente; por tanto, debería ser claro que dolo e imprudencia son dos conceptos que pertenecen al mismo ámbito categorial. Sin embargo, ambos son tratados como categorialmente diferentes (imprudencia como concepto normativo, dolo como concepto empírico), y ese es, a mi juicio, uno de los más graves errores que la doctrina ha cometido y mantiene en la dogmática del ilícito. Modificar esa concepción mayoritaria en el ámbito del dolo es uno de los objetivos centrales de este trabajo.

Conceptualmente, dolo e imprudencia, desde un punto de vista sintáctico, son propiedades definitorias de los respectivos casos genéricos: el caso genérico doloso y el caso genérico imprudente.[3] Dolo e imprudencia son, pues,

---

1. El presente trabajo es un resumen de mi tesis doctoral, entregada en junio de 2007 y publicada en 2011 (cf. PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Hammurabi: Buenos Aires, 2011). Por razones de espacio resulta imposible incluir en esta publicación una fundamentación exhaustiva del punto de vista defendido en ese trabajo de más de 800 páginas, al cual corresponde por tanto remitir.
2. Cf., por todos, ROXIN, *AT I*[4], 2006, § 24, Rn. 8 ff., m.w.N.
3. Acerca del concepto de "propiedad definitoria" y de la diferencia entre "caso genérico" y "caso individual" cf. ALCHOURRÓN; BULYGIN, *Systeme*, 1994. p. 40 y ss., 64 y

las propiedades que tornan dolosos o imprudentes a los supuestos de hecho establecidos por la ley como tipos penales. Semánticamente, por su parte, dolo e imprudencia son propiedades normativas, porque lo que torna doloso o imprudente a un caso genérico es una determinada valoración de él como más o menos grave, a partir de un juicio objetivo respecto al posicionamiento epistémico del autor en relación con su hecho.[4] Y pragmáticamente, en tanto, dolo e imprudencia importan un tipo especial de acto de habla, conforme al cual, desde el punto de vista de un observador objetivo, no se describe sino que se valora una acción –previamente imputada al autor como suya– como contraria a una regla jurídico-penal. Desde este último punto de vista, calificar a una acción como dolosa o imprudente tiene el sentido ilocucionario de una valoración, i.e., emitir un juicio de valor en un sentido determinado, que es concretamente un sentido de reproche.

La afirmación de que la voluntad no debe jugar ningún papel en el ámbito del concepto de dolo no constituye ninguna novedad. Tanto la teoría de la posibilidad, defendida entre otros por Schröder,[5] Schmisdäuser[6] y Jakobs,[7] como las modernas teorías de la representación (Frisch)[8] y las nuevas teorías de la probabilidad (Herzberg,[9] Puppe[10]) han sostenido precisamente eso con toda

---

ss. "Caso genérico" es el estado de cosas previsto en la norma como condición para la aplicación de la sanción, y "caso individual" es el estado de cosas que concretamente ocurre en el mundo empírico.

4. Ciertamente, se formula ya un primer juicio de desvalor del hecho en función de los criterios de la llamada teoría de la imputación objetiva, a partir del cual se infiere su relevancia penal mínima, que coincide con el juicio de desvalor propio de la imprudencia (vgl. ROXIN, op. cit., Rn. 10). Pero si el reproche que merece la conducta es más grave que el que posibilitan los criterios de imputación objetiva (= de la imprudencia), entonces entra en consideración el dolo, que es también una categoría normativa de imputación, y no un hecho.
5. En *FS-Sauer*, 1949. p. 207 y ss. La llamada "teoría de la posibilidad" se remonta, de todas formas, ya al siglo XIX y a comienzos del XX. Durante ese período fue desarrollada –prácticamente en los mismos términos con los que fuera retomada a partir de la década de 1940– por varios autores, como, entre otros, BRUCK. *Fahrlässigkeit*, 1885. p. 15 y ss.; WOLFF. *Verhalten*, 1923. p. 214 y ss.
6. En, *GA*, 1957. p. 305 y ss.; el mismo, *GA*, 1958. p. 161 y ss.
7. En *AT*^{2}, 1991, 8-5a y 9-1.
8. En *Vorsatz*, 1983. p. 163 y ss.
9. En *JuS* 1986. p. 249 y ss.
10. En *ZStW 103*, 1991. p. 1 y ss.; también en *NK-StGB*-Puppe, 1995, § 15, Rn. 26 ff.; *NK-StGB*^{3}-Puppe, 2010, § 15, Rn. 64 ff.

claridad. Pero lo mismo debe decirse respecto del conocimiento, pues éste, al igual que la voluntad, es nada más que un estado mental, y por lo tanto un dato empírico.[11] Constituye básicamente un error categorial, en el sentido de Ryle,[12] afirmar que un constructo normativo por definición como el dolo sea un hecho psíquico (un estado mental), como lo es el conocimiento o la representación del autor. Ello, sin embargo, es precisamente lo que afirman todos los autores que se acaban de mencionar.[13] Ninguna de las teorías desarrolladas hasta ahora por la dogmática penal –incluso las más "normativistas" u "objetivistas"–

11. En la dogmática penal y procesal penal tradicional no se pone en cuestión el carácter fáctico o empírico no sólo del conocimiento, sino de todos los estados mentales o datos psíquicos: ellos son considerados hechos, que pueden probarse empíricamente, sin mayor discusión. Así, entre muchos otros, SK-StPO[13]-SCHLÜCHTER. 1995, § 244, nm. 4 y s.; cf. especialmente las referencias bibliográficas que cita FREUND en, del mismo, *Normative*, 1987. p. 8; así también, aparentemente, ROXIN. *JuS*, 1964. p. 60. Este punto de vista remite incluso al derecho romano (cf. HRUSCHKA. *FS-Kleinknecht*, 1985. p. 195 y s., con más referencias; también VOLK. *FS-Arthur Kaufmann*, 1993. p. 611 y ss.). De acuerdo expresamente con la consideración de los datos psíquicos como hechos, entre muchos, ENGISCH. *Untersuchungen*, 1930. p. 198 y s.; los considera datos "empírico-psicológicos" SCHÜNEMANN. *FS-Hirsch*, 1999. p. 367. Esta conclusión tradicional es, a mi juicio, básicamente acertada: si se acepta que por 'hecho' debe entenderse todo aquello que puede ser descripto por una proposición verdadera (así, en lo esencial, PATZIG. *Tatsachen*, 1980. p. 11 y ss., 15 y ss., 35 y s., 40 y s., siguiendo en esto a WITTGENSTEIN. *Tractatus*, 1994, 2.04-2.06), entonces los datos psíquicos o estados mentales son hechos y pueden y deben ser sometidos a prueba en el proceso penal (de acuerdo con esto también TARUFFO. *Prueba*, 2002. p. 159). Esta conclusión, sin embargo, no es aceptada por un sector minoritario de la literatura jurídico-penal actual (cf. por ejemplo FREUND. Op. cit., p. 3 y ss., 26 y ss.; RAGUÉS i VALLÈS. *GA*, *2004*. p. 257 y ss.). Una crítica detallada a la posición de estos últimos autores llevo a cabo en PÉREZ-BARBERÁ, *El dolo eventual*... cit., 2011, p. 618 y ss., 702 y ss.

12. Cf. RYLE. *Begriff*, 1997. p. 13 y ss.; cf. también BUNG. *Wissen*, 2009. p. 87 y ss.

13. Con relación a ciertas actitudes internas como "aceptación", "rechazo", "estar de acuerdo" etc., ya ha dicho Frisch que se trata nada más que de "indicadores de la presencia o ausencia del decisivo substrato del dolo" (FRISCH, op. cit., p. 333 y s., cursivas en el original). Pero lo que Frisch pasa por alto es que también el conocimiento es nada más que un dato fáctico eventualmente relevante para el dolo, y no el dolo mismo. En este sentido, el conocimiento no es tampoco –como opina FRISCH. Op. cit., p. 54, 334 y passim– el "sustrato psíquico" necesario del dolo. Como consecuencia de la identificación de dolo con conocimiento, los autores que prestan atención a los llamados "indicadores" presentan a éstos como indicadores del dolo (así, entre otros, HASSEMER. GS-Arm. In: KAUFMANN, 1989. p. 289 y ss.; SAFFERLING. *Vorsatz*, 2008. p. 185 y ss.), cuando en rigor son sólo indicadores de la existencia de un dato empírico, como lo es precisamente el conocimiento.

ha escapado del error de identificar el concepto de dolo con alguno de los datos empíricos eventualmente relevantes para conformar el supuesto de hecho a subsumir en aquel (el estado mental al que unánimemente se acude es una cierta clase de representación, sin perjuicio de que algunos autores exijan, además, algún dato adicional de índole voluntativa).[14] Ello, empero, es metodológicamente inadecuado, porque ningún dato empírico puede ser *a priori* un candidato relevante para subsumirse en un concepto si éste aún no ha sido esclarecido.[15] De allí que ninguno de los intentos de conceptualizar el dolo a través de su identificación con datos empíricos, generalmente psíquicos, haya resultado satisfactorio: se confunde el concepto (normativo) de dolo con datos (empíricos) eventualmente relevantes para su aplicación. Hoy, de hecho, la identificación de dolo con conocimiento comienza a ser vista –al menos de *lege ferenda*– como axiológicamente incorrecta.[16]

Por lo tanto, el concepto de dolo no será considerado aquí como un derivado de datos empíricos tenidos *a priori* como relevantes, sino como un derivado del fin del derecho penal y de la *ratio legis* del mayor castigo del delito doloso.[17] En todo caso, a partir de ese concepto se determinará, *a posteriori*, qué datos empíricos (incluso psíquicos) resultan relevantes en cada supuesto de hecho para la formulación del reproche doloso, según las características del caso concreto.

---

14. De acuerdo con esto Roxin, quien críticamente afirma que las características definitorias habituales del dolo, como 'conocimiento', 'voluntad' etc., son siempre "formulados como datos psíquicos" (ROXIN, *FS*-In: RUDOLPHI, 2004. p. 243). Incluso el último Jakobs cae en este error, pues identifica "dolo" con "indiferencia", que es también un estado mental (cf. JAKOBS. *ZStW 114*, 2002. p. 584 y ss.). Cf. también VOGEL, *LK-StGB*[12]-, 2007, Vor § 15, Rn. 68 f., quien afirma con razón que, salvo la excepción del trabajo de Jakobs que aquí se acaba de citar, "un 'objetivismo' estricto, según el cual el dolo se impute con independencia de un substrato psíquico, no tiene representantes en el moderno derecho penal alemán ni siquiera en los últimos años" (nm. 69). La tesis que aquí desarrollo es, pues, una nueva excepción en ese sentido, pues ella independiza por completo al concepto de dolo de un necesario punto de partida psíquico. En la literatura más reciente, críticamente sobre esta tendencia, entre otros, el mismo VOGEL en *GA*, 2006. p. 386 y ss.; GAEDE. *ZStW 121*, 2009. p. 239 y ss.; a favor, entre otros, ROXIN, op. cit.; JAKOBS, op. cit.; PUPPE. NK-StGB[3] cit., § 15, nm. 64 y ss.

15. Así PUPPE. NK-StGB- cit., § 15, nm. 60.

16. Cf. JAKOBS. *AT*[2] (1991) cit. 8-5; el mismo (incluso de *lege lata*). *ZStW 114* cit. p. 584 y ss. Véanse también las referencias citadas en nota a pie 42.

17. Véase al respecto infra, apartado 4.

2. LA CUESTIÓN DEL DERECHO POSITIVO

En Alemania, el contenido literal del § 16.I StGB es mencionado una y otra vez por la doctrina como barrera infranqueable para el desarrollo dogmático de un concepto de dolo que no se identifique con el de conocimiento.[18] Pero ello no resulta convincente. A mi juicio, no es posible arribar a afirmaciones concluyentes a partir del tenor literal del § 16.I StGB.[19] Pues, en todo caso, lo único que dice el § 16.I es que una persona actúa sin dolo si no conoce alguna circunstancia típica. Ello, sin embargo, no es ni un concepto ni una definición de dolo. Significa, únicamente, que esa falta de conocimiento, por imperio legal, es un dato empírico que forzosamente cancela la posibilidad de una imputación dolosa. Pero todavía resta saber qué es "dolo" (StGB, § 15)[20] o qué significa "doloso" (StGB, § 16.I). Eso, sin embargo, es algo que la ley *no dice*, por lo que ni siquiera hay un tenor literal de la ley a partir del cual pueda determinarse si un concepto de dolo propuesto por la doctrina o por la praxis configura –o no– una interpretación analógica prohibida por el art. 103.II GG.[21] Lo único decisivo es que para que el dato empírico señalado por la ley (el "no conocer") posea efecto cancelatorio de una imputación dolosa, tiene que tener con ésta una vinculación conceptual que torne realizable ese efecto. Y dado que de lo que se trata es de una posibilidad de *imputación*, es a partir de lo que *jurídicamente* se entienda por "doloso" que deberá determinarse qué características ha de tener el estado mental "desconocimiento" para que pueda excluir lo doloso de un caso, y no al revés, como procede la doctrina dominante, que implícita o explícitamente pretende determinar qué es "doloso" a partir de lo que la psicología o cualquier otro abordaje empírico entiende por "conocer" o por "no conocer".[22]

No existen por tanto en Alemania (tampoco en Argentina)[23] impedimentos legales para la elaboración dogmático-penal de un concepto de dolo no

18. Cf. por ejemplo FRISCH. Op. cit., p. 32, 90 y passim; JAKOBS, *AT*[2] cit., 8-5a (de otra opinión en *ZStW 114* cit., p. 584 y ss.); PUPPE, *ZStW 103* cit., p. 36 y s.; GAEDE. Op. cit., 2009, p. 262 y ss.

19. Así, entre otros, JAKOBS. *ZStW 114* cit., p. 597 y s.; BURCHARD. *Irren*, 2008. p. 14 y ss.

20. Cf. SCHÖNKE; SCHRÖDER; STERNBERG-LIEBEN. *StGB*[28], 2010, § 15, nm. 2.

21. De otra opinión *LK-StGB*[12]-VOGEL, 2007, op. cit., Vor § 15, Rn. 70.

22. Correctamente al respecto STUCKENBERG. *Vorstudien*, 2007. p. 104 y ss.: "Debería estar claro (...) que sólo la ciencia jurídica puede decidir si y en qué medida, en su área, tienen relevancia las conclusiones de la psicología científica (...). Sería erróneo, por tanto, esperar que las soluciones para los problemas jurídicos provengan de la psicología" (p. 108 y ss.).

23. Cf. PÉREZ-BARBERÁ. Op. cit., p. 50 y ss.

identificado con datos empíricos, sean éstos psíquicos o físicos. Sólo cabe aclarar en este lugar que, a mi juicio, según el derecho positivo vigente en Argentina no es posible admitir una tentativa con dolo eventual.[24] En la medida en que la punición por tentativa importa una ampliación de la punibilidad,[25] restringir ésta con la exigencia de un dolo calificado (o de un "dolo directo de primer grado") resulta a mi juicio plausible incluso para sistemas normativos que no son terminantes al respecto, como sucede con el StGB alemán.[26] Queda claro así que, según mi concepción, es posible distinguir entre un "dolo básico" (i.e., lo que tradicionalmente se conoce como dolo eventual) y un "dolo calificado", esto es, aquel en el que se exige, por ley, la concurrencia de un determinado estado mental, como ocurre con el denominado dolo directo de primer grado.[27]

3. APROXIMACIÓN SINTÁCTICA AL CONCEPTO DE DOLO

Ya se ha indicado que "dolo", sintácticamente, es una propiedad definitoria de un caso genérico, es decir: es la propiedad que define a la condición empírica establecida en abstracto en un tipo penal para la aplicación de la sanción correspondiente. El discurso sintáctico, al igual que el lógico o el matemático, por ser estrictamente formal carece de significación. Sólo cuando las palabras sean aplicadas a un ámbito en particular "adquirirán, a través de una determinada interpretación, la capacidad de referencia a los objetos o entidades que constituyen nuestro tópico especial".[28] De todos modos, se ha señalado que "el tratamiento de las normas en un nivel puramente sintáctico

24. Así lo entiende la doctrina aún dominante (cf., por todos, DE LA RÚA. *Código*^{2}, 1997. p. 744 y ss.).

25. Por eso un agravamiento retroactivo de su regulación queda alcanzado por la prohibición de retroactividad que se infiere del principio de legalidad penal: cf., por todos, *LK*^{12}-, DANNECKER, 2007, § 1, nm. 390.

26. Una fundamentación más detallada de esta opinión ofrezco en PÉREZ-BARBERÁ, op. cit., 2011, p. 689 y ss. En Alemania, es sabido que la doctrina dominante acepta la punibilidad de la tentativa con dolo eventual. Roxin, sin embargo, considera "digna de atención" a la opinión minoritaria que sostiene lo contrario (cf. ROXIN. *AT II, 2003*, § 29, nm. 71, con las pertinentes referencias bibliográficas). En contra de la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, entre otros, PUPPE. *NStZ*, 1984. p. 491.

27. Así ya LUCAS. *Verschuldung*, 1883. p. 17; más recientemente FRISCH. Op. cit., p. 496 y s.; KINDHÄUSER, *ZStW 96*, 1984. p. 30; cf. también CORCOY BIDASOLO. *ADPCP*, 1985. p. 965.

28. KLIMOVSKY. *Desventuras*, 1997. p. 290.

tiene considerables ventajas desde el punto de vista metodológico".[29] Ello, en este contexto específico, se traduce en que deja en claro algo sumamente importante, a saber: que el dolo, por ser una propiedad definitoria de un caso *genérico*, no es algo a ser subsumido (algo empírico), sino lo que contribuye a caracterizar aquello en lo que ha de subsumirse un caso individual. No integra, por tanto, la premisa menor, sino la premisa mayor del silogismo práctico.

Como consecuencia de lo que se acaba de indicar, el dolo *no puede ser un hecho* (ni psíquico, ni físico, ni institucional),[30] tal como lo describe la doctrina dominante, ni tampoco puede ser un "juicio adscriptivo", en el sentido de Hruschka.[31] Pues "dolo" no es una propiedad empírica (psíquica) que se atribuye a una persona. Lo que se atribuye a una persona, en todo caso, es la posesión de determinados estados mentales al momento de la acción, como, v.g., conocimiento, intención etc. Pero ninguno de esos estados mentales *es* el dolo. Ellos, simplemente, contribuirán a conformar el caso individual (ocurrido en el mundo) a subsumir en un caso genérico doloso (previsto en una norma), siempre y cuando el concepto que dé contenido semántico al dolo como propiedad definitoria de ese caso genérico permita considerar a tales datos como relevantes: *per se*, la presencia o ausencia de conocimiento y/o de otros datos empíricos no dice nada acerca de la presencia o ausencia de dolo.

Por otra parte, que el autor individual ostente ciertos atributos psíquicos no significa que "tenga" dolo, sino que es posible atribuirle algunas disposiciones consideradas empíricamente relevantes por el dolo en tanto propiedad *normativa* que define el caso genérico para habilitar la subsunción. "Actuar con dolo", "tener dolo" etc. son, pues, expresiones erróneas, modos impropios de hablar. Ellas dan a entender que el dolo es una disposición interna –de carácter empírico como toda disposición–[32] que incumbe sólo a un autor, a un individuo. Pero si dolo, sintácticamente, es una propiedad definitoria de un caso genérico, entonces es claro que su correlato individual será también un *caso*. Debe hablarse, por tanto, de "caso doloso", o, si se quiere, de "hecho doloso". El dolo es una propiedad que caracteriza a casos –particularmente a

29. ALCHOURRÓN; BULYGI. *Introducción*, 1993. p. 24.

30. "Institucional" en el sentido de SEARLE. *Actos*, 1994. p. 58 y ss.

31. Cf. HRUSCHKA, op. cit., p. 201.

32. Sobre el concepto de "disposición" y de "conceptos disposicionales" cf., entre otros, HASSEMER. *ADPCP*, 1990. p. 924 y ss.; el mismo, *Einführung*^{2}, 1990. p. 183 y ss.; MYLONOPOULOS. *Dispositionsbegriffe*, 1998, p. 77 y ss.; KLEB-BRAUN. *JA*, 1986. p. 312 y ss.

casos genéricos–, no a personas.[33] Y es una propiedad normativa, no empírica, porque logra esa caracterización a partir de una valoración de la gravedad del hecho. Todo esto es válido, por cierto, también para la imprudencia.

4. APROXIMACIÓN SEMÁNTICA AL CONCEPTO DE DOLO

Gracias a la aproximación sintáctica puede saberse ya cómo funciona el dolo, cómo se organiza y relaciona con los diversos componentes de la norma general y con los sucesos del mundo real. Ya ha quedado claro que no es un dato empírico (un hecho) sino la propiedad que define a un caso genérico, i.e., que lo define como *doloso*. Pero ¿qué es ser "doloso"? ¿Cómo debe ser interpretada esa propiedad? Con estas preguntas se ingresa a la dimensión semántica del concepto de dolo. Para obtener un concepto de dolo en este marco, se adhiere aquí expresamente al método teleológico, conforme al cual no corresponde inferir nada a partir de premisas ónticas. Mi punto de partida está conformado por premisas prácticas, fundamentalmente finalidades y razones (normativas): fin del derecho penal, *ratio legis* del mayor castigo del hecho doloso.[34] Sólo una vez que ese punto de partida quede clarificado podrá brindarse el pertinente concepto de dolo, que será producto de esta aproximación semántica.

En este sentido, dos son los axiomas de los que parte mi concepción. El primero establece cuál es el fin del derecho penal, y reza lo siguiente:

"Fin del derecho penal es la estabilización de expectativas normativas configuradas a partir de reglas comunicadas por los tipos penales, que resultan defraudadas por conductas que, por su parte, comunican un apartamiento de aquellas reglas de modo suficientemente intenso como para tornar necesario el inicio de un proceso de discusión, tendiente a obtener consenso respecto a si es necesario aplicar pena para garantizar aquella estabilización, esto es, para mantener contrafácticamente las expectativas defraudadas."[35]

---

33. Dicho de otro modo: "El dolo no se forma en la cabeza del autor, sino en la cabeza del juez", pues "el dolo (...) no es un *faktum* psíquico, sino un juicio de valor judicial" (ROXIN. Prólogo a PÉREZ-BARBERÁ, op. cit., 2011. p. 30).

34. Fundamental al respecto ROXIN. *Kriminalpolitik*,[2] 1973; SCHMIDHÄUSER. *Vorsatzbegriff*, 1968. p. 15 y s.; FRISCH. Op. cit., p. 34 y ss.; también JAKOBS. *AT*[2] cit., 1991, ya desde el prólogo a esta edición.

35. El axioma en cuestión se apoya en los desarrollos teórico-sociales más actuales e interesantes, como son los de LUHMANN y HABERMAS: cf. LUHMANN. *Rechtssozologie*, 1972. p. 40 y ss.; el mismo, *Recht*, 1993. p. 138 y s.; HABERMAS. *Teoría II*[4],1999. p. 30 y s.: "las reglas rigen contrafácticamente". Cf. también JAKOBS, *AT*[2] cit., 1-4 ff.

Y el segundo establece cuál es la *ratio legis* del mayor castigo de cierta clase de hechos con relación a otra clase de hechos, y reza lo siguiente:

"La orientación en el mundo sólo es óptima si está fundada en representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas. Representaciones epistémicamente irracionales determinan orientaciones cognitivas defectuosas, al igual que representaciones epistémicamente racionales pero ontológicamente desacertadas. Por su parte, la falta de conocimiento o de representación, si es racional, determinará también orientaciones defectuosas, y si es irracional, orientaciones arbitrarias. Si se trata del apartamiento de una regla, el que se funda en una orientación óptima tiene la misma intensidad comunicativa en contra de aquella que el que se funda en una orientación arbitraria, intensidad que es siempre mayor a la del apartamiento que se funda en una orientación defectuosa."

Por tratarse de axiomas, no corresponde que sean sometidos a prueba en este lugar.[36] Y cabe a su vez dejar sentado que, por el momento, en cuanto al significado que se le da aquí a los términos 'racional', 'irracional' etc., nos contentaremos con una aproximación intuitiva, que identifica a lo racional con aquello que se corresponde con determinadas bases epistémicas, o con modos de actuar normales o cotidianos de la generalidad o de quienes se desempeñan en una actividad concreta dentro de una sociedad determinada.[37] Y es necesario también, para evitar posibles malentendidos, establecer –estipulativamente– que, en el marco de este trabajo, por 'representación' se entiende la activación psíquica de un conocimiento o de una creencia, operada en el presente exacto de una situación y que, por tanto, no puede tener duración.[38] 'Conocimiento', por su parte, es saber verificado racionalmente, i.e., a partir de marcos epistémicos compartidos por todos en el universo de casos de que se trate y

36. De todas formas, una fundamentación extensa de por qué se llega a estos axiomas ofrezco en PÉREZ-BARBERÁ, op. cit., p. 85 y ss.

37. Una explicación detallada de lo que cabe entender por racionalidad en este contexto expongo en PÉREZ-BARBERÁ, op. cit., p. 756 y ss., donde se aborda y desarrolla la idea de "racionalidad comunicativa", que no es otra cosa que un concepto epistémico de racionalidad (fundamental al respecto HABERMAS, *Facticidad*, 1998. p. 65 y ss.: "el lugar de la razón práctica pasa a ocuparlo la razón comunicativa"). Cf. también BACIGALUPO. *Derecho*, 2006. p. 32 y ss., 67. Brevemente: el concepto de racionalidad es un concepto normativo con ayuda del cual se establece si una determinada opinión está epistémicamente justificada (así, entre otros, BECKER. *Rationalität*, 1995. p. 189 y ss.).

38. Sobre esto cf. LUHMANN. *Systeme*, 1984. p. 356.

propios de ese universo, o compartibles mediante contrastaciones objetivas intersubjetivamente accesibles.[39] Y 'creencia', finalmente, es la convicción no verificada –racional o irracional, según el caso– acerca de la existencia de estados de cosas. Por lo tanto, hay ausencia de conocimiento cuando algo no se sabe, y ausencia de representación cuando la activación de lo que se sabe no se produce.

Pues bien, de aquellos dos axiomas, asumidos acumulativamente –y en conjunción con las estipulaciones efectuadas–, se obtienen las siguientes proposiciones:

1. Las conductas que se ponen en práctica a partir de una situación óptima para orientarse en el mundo (esto es, las que tienen por base representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas), si se apartan de una regla jurídico-penal lo hacen con elevado efecto comunicativo contrario a ella, pues comunican una toma de postura que, atento la existencia de una correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo, debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como intensamente contraria a la de la regla. Ello es así porque esa clase de correlación epistémico-ontológica hace que, *ex ante*, el apartamiento del autor importe comunicar otra regla, opuesta a la violada, e importe asimismo comunicar objetivamente una pretensión de validez respecto de su propia regla; y además porque, en tales casos, el autor no tiene margen objetivo para, *ex post*, alegar de modo objetivamente atendible[40] que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Por este motivo merecen estas conductas un castigo mayor. Ejemplos:

a) *A* quiere matar a *B*. Sabe –y se representa ello– que puede lograrlo disparándole con un arma de fuego en la cabeza, y lo hace. Se trata de una representación epistémicamente racional (en este caso porque está basada en regularidades empíricas obvias)[41] y ontológicamente acertada, por lo que grava intensamente al autor. Le corresponde, en consecuencia, la forma de castigo

39. Se trata, como dice Putnam siguiendo a Wittgenstein, de "normas públicas" acerca de lo que cabe entender por "racional": "(...)sin esas normas públicas, normas que son compartidas por un grupo y que constituyen una 'forma de vida', no sería posible el lenguaje, ni tampoco el pensamiento" (PUTNAM, *Razón*, 1988. p. 112).

40. Acerca del concepto de "atendibilidad objetiva" en este contexto cf. PÉREZ-BARBERÁ, op. cit., p. 766 y ss.

41. Con esto se hace referencia a aquello que, en epistemología, se designa como "regularidades nómicas": si no ocurren, queda refutada automáticamente alguna ley natural (cf. al respecto DÍEZ; MOULINES. *Fundamentos*, 1999. p. 128 y ss.).

más grave (la dolosa: en este caso se trataría de lo que tradicionalmente se conoce como dolo directo de primer grado).

b) *A* roba y es descubierto por *B*, que comienza a perseguirlo. Para cubrir su huída, *A* dispara con su revólver hacia atrás. No quiere matar a *B*, pero sabe que eso puede ocurrir, y ocurre. Aquí también se trata de una representación epistémicamente racional –pues está fundada en regularidades empíricas obvias– y ontológicamente acertada, que grava intensamente al autor dado que él *sabe* que esa muerte *puede* ocurrir (su orientación cognitiva es óptima). Le corresponde, por tanto, la forma de castigo más grave (la dolosa: en este caso se trataría de lo que tradicionalmente se conoce como dolo eventual).

2. En cuanto a las conductas que se ponen en práctica a partir de una situación no óptima para orientarse en el mundo, cuando se trata del apartamiento de una regla es necesario distinguir en tres subgrupos: (a) Apartamientos que tienen por base o bien una ausencia de representación epistémicamente racional, o bien una representación epistémicamente racional pero ontológicamente defectuosa. (b) Apartamientos que tienen por base una representación epistémicamente irracional (aun cuando por azar sea, *ex post*, ontológicamente acertada). (c) Apartamientos que tienen por base una ausencia de representación epistémicamente irracional.

Tanto en (a) como en (b) se comunica una toma de postura que debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como *no* intensamente contraria a la de la regla, pues se funda en orientaciones cognitivamente defectuosas. Se analizarán estos dos supuestos a continuación.

En (a) [ausencias de representación epistémicamente racionales, representaciones epistémicamente racionales pero ontológicamente defectuosas] ello es así porque la racionalidad epistémica de la ausencia de representación o de la representación ontológicamente defectuosa hace que, *ex ante*, el apartamiento del autor importe ciertamente comunicar otra regla, opuesta a la violada, pero sin que ello implique, a la vez, comunicar objetivamente una pretensión de validez respecto de su propia regla; en tales casos, por tanto, el autor sí tiene margen objetivo para, *ex post*, alegar de modo atendible que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Por este motivo merecen estas conductas, a lo sumo, un castigo menor.

Ejemplos:

c) *A* es una empleada doméstica que plancha la ropa en la casa de *B*, su empleadora. *A* se distrae porque por teléfono se le da una mala noticia y, como consecuencia de ello, olvida que había dejado la plancha encendida sobre una

camisa, lo cual provoca un incendio que daña una parte de la casa de *B*. Se trata de una falta de representación del riesgo de daño que importaba su conducta que es epistémicamente racional, pues no está fundada en un desafío objetivo a regularidades empíricas obvias o a normas de conducta elementales propias de ese ámbito específico de actuación. Una falta de representación no irracional sólo grava atenuadamente al autor, el cual a lo sumo merece –y siempre que corresponda– la forma de castigo más leve (la imprudente: en este caso se trataría de lo que tradicionalmente se conoce como imprudencia inconsciente).

(d) *A* pasea por un bosque serrano, fumando; en algún momento se representa que, si arroja la colilla de su cigarrillo encendida, el bosque podría incendiarse, pero inmediatamente deshecha esa idea, pues considera que una colilla de cigarrillo es demasiado pequeña para provocar semejante incendio. Arroja en consecuencia la colilla encendida al bosque, creyendo que éste no se incendiará. El bosque, sin embargo, se incendia, y se producen importantes daños materiales. El hecho puede ser considerado como un caso con representación (teoría del tomar en serio la posibilidad de realización del tipo) o sin representación (teoría de la posibilidad). Pero lo único relevante es que, en el momento exacto de su acción, el autor *racionalmente cree* que el incendio no ocurrirá. Se trata, en efecto, de una creencia ontológicamente defectuosa pero epistémicamente racional, pues tampoco está fundada en un desafío objetivo a regularidades empíricas obvias o a normas de conducta elementales propias de ese ámbito específico de actuación (es plausible creer que una pequeña colilla de cigarrillo encendida no tiene entidad suficiente para provocar un incendio de semejante magnitud). Ello grava sólo atenuadamente al autor (su orientación cognitiva no es óptima) y por lo tanto merece, a lo sumo –y siempre que corresponda– la forma de castigo más leve (la imprudente: en este caso se trataría de lo que tradicionalmente se conoce como imprudencia consciente, si se comparte el punto de vista de la teoría del "tomar en serio (...)",[42] o de un simple caso de imprudencia, si se sigue a la teoría de la posibilidad).

En (b) [creencias epistémicamente irracionales, aun cuando sean ontológicamente acertadas desde una perspectiva *ex post*] la intensidad comunicativa contraria a la regla es igualmente menor, porque ni siquiera el acierto ontológico compensa el desacierto epistémico, i.e.: conductas fundadas en creencias obtenidas irracionalmente tienen una repercusión comunicativa devaluada, tanto cuando con ellas no se acierta ontológicamente (que será lo habitual) como cuando sí se acierta. En tales casos es cierto que el autor,

42. Sobre ella cf., por todos, STRATENWERTH. *ZStW 71*, 1959. p. 51 y ss.

subjetivamente, comunicará *ex ante* una regla contraria a la violada e incluso una pretensión de validez respecto de su propia regla, y es cierto también que no tendrá margen *subjetivo* para, *ex post*, alegar de modo atendible que, pese a su conducta, está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Pero, *objetivamente*, dicha comunicación no puede ser tomada en serio como un apartamiento intenso de la regla, atento la falta de correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo. Por este motivo, también estas conductas merecen, a lo sumo, un castigo menor.

Ejemplos:

e) *Creencia epistémicamente irracional con acierto ontológico*: *A* quiere matar a *B*, que es hindú. *A* escuchó alguna vez que para los hindúes el agua tiene un significado sagrado, y de ello infiere que ningún hindú sabe nadar. *A* invita entonces a *B* a pasear por los bordes de una piscina llena, en otoño, sabiendo que el agua está muy fría y sucia por la temperatura ambiente y la falta de uso, y lo empuja sorpresivamente a la parte más profunda de ésta. *B*, efectivamente, no sabía nadar, simplemente porque nunca aprendió, y muere ahogado. Se trata de una creencia acertada de la situación real a la que *A* llega de un modo epistémicamente irracional, azaroso, porque está fundado en una conexión causal propia del sujeto, intersubjetivamente insostenible (obviamente, el promedio de los hindúes que sabe nadar no difiere del de cualquier otro país occidental). Una creencia epistémicamente irracional, aunque resulte ontológicamente acertada, sólo puede gravar atenuadamente al autor. Por lo tanto le corresponde (en tanto en el caso concreto el empujón a la piscina pueda considerarse la creación de un riesgo no permitido, lo cual cabe corroborar positivamente en este caso por las circunstancias en que ocurre) la forma de castigo más leve (la imprudente: se trata de los casos que aquí hemos denominado de "consumación objetivamente inesperada").

f) *Creencia epistémicamente irracional sin acierto ontológico*: *A* cree que, moviendo unas extrañas fichas en un tablero, puede lograr que cualquier persona haga lo que él quiera, y decide estafar a *B*. Lo engaña, pero, de acuerdo con el plan de *A*, para que la estafa se consume es necesario que *B* entregue una suma de dinero a *C*, un amigo de *A* que nada sabe del asunto. *A* mueve entonces las fichas del tablero para que *C* vaya a casa de *B* a retirar ese dinero, lo cual, obviamente, nunca ocurre. Una creencia epistémicamente irracional (otra vez: porque está fundada en una conexión causal propia del sujeto, intersubjetivamente insostenible) y ontológicamente desacertada (aunque esto último no es esencial) sólo puede gravar atenuadamente al autor, por las razones ya indicadas. Por tanto, le corresponde la forma de castigo más leve (la imprudente), que en este caso, por no haber consumación, importa su impunidad (se trata de un caso de tentativa irreal).

Finalmente, en (c) (desconocimientos o ausencias de representación epistémicamente irracionales), se dan circunstancias que deben ser valoradas del mismo modo que las de los casos de apartamiento de una regla en los que media una representación epistémicamente racional y ontológicamente acertada. En estos casos, la conducta tiene lugar a partir de una orientación *arbitraria*, y comunica por tanto una toma de postura que debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como intensamente contraria a la de la regla. Ello es así porque "arbitrariedad", en este contexto, significa un desafío objetivo a regularidades empíricas obvias o a normas de conducta elementales propias de ese ámbito específico de actuación (*ceguera ante los hechos*). De allí que, también aquí, desde un punto de vista *ex ante* el apartamiento del autor importa comunicar otra regla, opuesta a la violada, e importa asimismo comunicar objetivamente una pretensión de validez respecto de su propia regla; y tampoco en este supuesto el autor tiene margen objetivo para, *ex post*, alegar de modo atendible que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Por este motivo merecen estas conductas un castigo mayor.[43] Ejemplo:

g) *A* sale de una discoteca muy alcoholizado, pero no en estado de inimputabilidad. Junto a otros seis jóvenes que lo conocen sube a su automóvil, un pequeño Ford K, negándose a que otro que no sea él conduzca el vehículo, pese a saber que había ingerido demasiado alcohol y que no era un buen conductor (sus amigos se burlaban de él por ello) y pese a que, además, no había aprobado el examen pertinente y había obtenido su licencia de conducir de manera ilegal. Una vez ingresado a una autopista con velocidad máxima permitida de 130km/h, acelera el automóvil a más de 150km/h y en zig-zag, para esquivar a los otros vehículos que circulaban en su mismo sentido, hasta que, en una de esas maniobras, sin representarse el peligro real que su conducción generaba (lo cual es creíble por su desaprensión habitual al riesgo), pierde el control y embiste a esa velocidad y por detrás a otro automóvil. Como consecuencia del impacto mueren tres de sus acompañantes y una de las

43. Un número creciente de autores coincide en que, en casos como estos, el autor no puede ser honrado con un castigo menor: así SCHÜNEMANN. *JA*, 1975. p. 788; PUPPE. *ZStW 103* cit., p. 12; *LK-StGB*[11]-SCHROEDER, 1994, § 16, nm. 89; LESCH. *JA*, 1997. p. 802 y s.; SACHER. *Sonderwissen*, 2006. p. 181 y ss.; similar pero más cauto RAGUÉS I VALLÈS. *Ignorancia*, 2007. p. 182 y s. Y proponen incluso su castigo a título de dolo: así; RINCK. *Deliktsaufbau*, 2000. p. 381 y ss.; JAKOBS. *ZStW 114* cit., p. 584 y ss.; ders., *FS*-RUDOLPHI, op. cit., p. 108. Roxin, por su parte, acepta que la cuestión es discutible, pero que depende de una decisión del legislador (*AT I*[4] cit., § 12, nm. 34).

personas que iban dentro del vehículo embestido.[44] Un desconocimiento o una falta de representación irracional por desafiar regularidades empíricas obvias y/o normas de conducta elementales de ese ámbito específico de actuación (sea que ello esté motivado en un manifiesto desinterés por el resguardo de los bienes ajenos o en cualquier otro motivo),[45] grava intensamente a su autor y le corresponde, por lo tanto, la forma de castigo más grave (la dolosa), aun mediando amenaza o posibilidad de *poena naturalis*.[46]

---

44. Un caso muy similar fue resuelto recientemente por la Cámara de Acusación de Córdoba (Argentina), que con su fallo confirmó la elevación de una causa a juicio oral en la que al imputado se le atribuía el delito de homicidio simple con dolo eventual (se trata de la causa "Castro", auto n. 661 del 09.11.2009). Posteriormente, el tribunal de juicio condenó sólo por imprudencia (Cámara 7.ª del Crimen de la ciudad de Córdoba, sentencia del 20.05.2011; la sentencia fue casada ante el Tribunal Superior de Justicia, que a la fecha de esta publicación aún no se expidió).

45. No es correcto, a mi juicio, el punto de vista según el cual todo caso de ceguera ante los hechos es consecuencia invariable de una falta de interés del autor por los bienes de los otros (así por ejemplo JAKOBS. *Estudios*, 1997, Texto 3, 1989. p. 138). Ello es posible, pero también lo son otros motivos, como, por ejemplo, la convicción (objetivamente equivocada) de tener razón respecto a la corrección normativa de una acción propia (esta actitud, de hecho, es muy común en el tránsito vial en Argentina); o el no querer saber la verdad para contar luego con una excusa en caso de incriminación (supuestos de auténtica "ignorancia deliberada": cf. al respecto RAGUÉS I VALLÈS, *Ignorancia* cit., p. 111, 156 y ss.); o el no querer saber la verdad pese a ser muy fácil su averiguación porque se intuye que ese conocimiento traerá consigo un efecto desagradable (supuestos de "autoengaño": cf. al respecto PÉREZ-BARBERÁ. *Sorpresas*, 2005. p. 104 y ss., con más referencias bibliográficas) etc. Lo que sí hay siempre en estos casos es, ciertamente, "indiferencia hacia el interés lesionado" (así RAGUÉS I VALLÈS, *Ignorancia* cit., p. 193, la cursiva me pertenece), pero ello es algo que caracteriza no sólo al dolo sino también a por lo menos algunos supuestos de imprudencia, y por ello su relevancia para el dolo dependerá de su grado. Tampoco debe confundirse un genuino caso de ceguera ante los hechos con un supuesto en el que, simplemente, las pruebas de la causa demuestran que el autor miente cuando afirma que no se representó una determinada circunstancia: allí se concluirá, en definitiva, que el autor sí se representó lo que él niega (ejemplos: el autor niega haberse representado la edad de la víctima, cuando esa edad era obvia conforme a su estructura física; el autor niega haber sabido que lo que transportaba era droga, cuando del contexto de la causa surge que tal conocimiento era obvio etc.: cf. al respecto Ragués i Vallès, *Ignorancia* cit., p. 30 y ss., 44 y ss., 48 y s., con ejemplos de la jurisprudencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo español del año 2000 en adelante, que acude a la figura angloamericana de la *willful blindness*.

46. La amenaza de *poena naturalis* no puede ser tenida –como cree JAKOBS. *AT*[2] (1991) cit., 8-5– como la explicación del menor merecimiento de pena del delito imprudente,

Fácilmente puede advertirse que la solución de los casos (a), (b), (c) y (d) coincide con la que propondría la doctrina tradicional: el ejemplo (a) describe un supuesto claro de dolo directo de primer grado; el ejemplo (b), un supuesto claro de dolo eventual; y los ejemplos (c) y (d) describen supuestos claros de imprudencia. Son, en cambio, las soluciones de los casos (e), (f) y (g) las que difieren de aquellas a las que arribarían casi todas las teorías ensayadas hasta ahora respecto del concepto de dolo.

Al ejemplo (e), o 'caso del hindú', lo hemos elaborado para ejemplificar los supuestos que aquí denominamos "casos de consumación objetivamente inesperada" (similares al "caso de los hongos"). Ellos, ciertamente, se asemejan a los casos de *dolus generalis* en tanto en ambos se realiza el riesgo que el autor se representó, aunque de modo distinto a como éste se lo representara. Pero se diferencian de tales casos porque, en los supuestos de *dolus generalis*, el autor se representa racionalmente el riesgo que finalmente se realiza, mientras que, en los de consumación objetivamente inesperada, el autor se representa *irracionalmente* ese riesgo. La diferencia es importante. Para una concepción dogmática que caracterice al dolo y a la imprudencia según cuál sea el estado mental presente en cada caso, y que no le interese si –cualquiera sea el estado mental de que se trate– el autor *comunica* algo que importe un apartamiento de la regla de que se trate ni la intensidad de ese efecto comunicativo, obviamente que la cuestión relativa a la racionalidad del modo en que el autor obtuvo su representación le resultará indiferente y considerará sin dudarlo que este es un caso de dolo. Pero para la concepción que aquí se defiende, el dato de que se comunique algo relevante y la intensidad de esa relevancia comunicativa contraria a la regla es fundamental, y por lo tanto la pregunta acerca de la racionalidad epistémica del estado mental pertinente deviene indispensable. Si, como sucede en este caso, se está ante una creencia epistémicamente irracional, entonces la imputación a título de dolo queda excluida, pues ésta, por imponer una pena mayor, requiere una intensidad también mayor en el apartamiento de la regla, intensidad que no se alcanza con una génesis irracional de esa clase de estado mental.

El caso (f), o 'caso del estafador místico', describe una situación que la doctrina tradicional consideraría un supuesto de tentativa (inidónea) irreal

---

porque lo cierto es que esa amenaza no tiene que actuar per se de manera disuasoria para el autor que incluso conscientemente está dispuesto a dañarse a sí mismo con tal de dañar a otros, como lo ponen de manifiesto los casos de atentados terroristas llevados a cabo por suicidas: si el autor sobreviviera, sin dudas le sería imputable su acción a título de dolo.

dolosa,[47] y respecto del cual postularía su impunidad con base en argumentos poco coherentes con cualquier fundamentación de la punibilidad de la tentativa.[48] En este trabajo, en cambio, todos los casos de tentativas (inidóneas) irreales (y también los de tentativas supersticiosas) se consideran supuestos de imprudencia, y se arriba a la conclusión de su impunidad de un modo mucho más sencillo y convincente: a través de la aplicación de la regla de derecho positivo conforme a la cual toda tentativa imprudente es impune.

El caso (g), por su parte, describe un supuesto de "ceguera ante los hechos", problema del cual la literatura se ocupa desde hace tiempo.[49] También aquí, para una concepción que agote la problemática conceptual del dolo y de la imprudencia en la contraposición de estados mentales (en este caso: conocimiento/desconocimiento), resultan indiferentes cuestiones relativas a la intensidad comunicativa de la conducta que se aparta de la regla. En consecuencia, desde tal punto de vista no se dudaría en afirmar que tales supuestos pueden ser imputados a lo sumo como imprudentes.[50] Pero para la concepción que aquí se defiende, ese dato de la intensidad comunicativa es fundamental, y por lo tanto también aquí deviene imprescindible la pregunta relativa a la racionalidad de la falta de representación del autor. Si, como sucede en este caso, esa falta de representación es epistémicamente irracional, y manifiesta por lo tanto una orientación arbitraria en el mundo (i.e., objetivamente desafiante hacia la regla), atento su elevada intensidad comunicativa cabe considerar que tal conducta es reprochable a título de dolo, independientemente de que pueda predicarse la posibilidad de una *poena naturalis*.[51] Pues, se acepte o no la tesis de que dicha posibilidad ha de conducir necesariamente a la conclusión (empírica) de que en el caso no

47. Sobre la distinción entre tentativa irreal y tentativa supersticiosa cf., por todos, SANCINETTI. *Teoría*, 1991. p. 487 y ss.

48. Sobre las dificultades teóricas que ofrece tanto a las teorías objetivistas como a las subjetivistas la cuestión de la impunidad de la tentativa irreal resulta sumamente ilustrativo SANCINETTI, op. cit.

49. Cf. ya MEZGER. *FS-Kohlrausch*, 1944. p. 180 y ss.; el mismo. *Studienbuch*[2], 1948. p. 139 y ss.; JAKOBS, *AT*[2] cit., 8-5; *NK-StGB*-PUPPE cit., 1995, § 15, nm. 99 y 118; LESCH, op. cit., p. 802 y s.; PUPPE. *AT*[2] cit., § 21, nm. 25; GAEDE, op. cit., p. 243 y ss.

50. Así, en la literatura más reciente, *NK-StGB*[3]-PUPPE cit., § 15, nm. 70. Así también la doctrina dominante: cf., entre otros, STRATENWERTH, op. cit., 1959, p. 56; SCHROTH, *JuS*, 1992. p. 7; *SK-StGB*[7]-RUDOLPHI, 2002, § 16, nm. 43; JESCHECK; WEIGEND, *PG*[5], 2002. p. 314 y ss.

51. Sobre esto véase supra, nota a pie 45.

hubo representación,[52] lo que aquí se pone en cuestión es la racionalidad (por arbitrariedad) de esa falta de representación.

Así, mi concepción alcanza en la práctica resultados diferentes a los de la doctrina mayoritaria para determinados casos límite: en los casos de consumación objetivamente inesperada y de tentativas irreales o supersticiosas, la concepción aquí sostenida restringe el ámbito del dolo, y en los casos de ceguera ante los hechos, lo amplía. A mi modo de ver ello es axiológicamente correcto, pues se adecua a la *ratio legis* del mayor castigo del delito doloso.[53] Se logra, por otra parte, una fundamentación más adecuada que las hasta ahora disponibles respecto de la solución que postula la impunidad de las tentativas irreales y supersticiosas.

De estas proposiciones resulta, en primer lugar, que el efecto comunicativo de un apartamiento de la regla jurídico-penal es más intenso cuando más previsible resulta la posibilidad de ese apartamiento, pues el grado de dicha previsibilidad se determina en función de cuán óptima es la orientación del autor en el mundo, siempre desde un punto de vista objetivo que toma en cuenta la racionalidad epistémica del estado mental de que se trate. En tal sentido, debe tenerse especialmente en cuenta que el mayor efecto comunicativo de una conducta no depende directamente de la racionalidad o irracionalidad epistémica del estado mental, sino de *qué estado mental haya sido obtenido racional o irracionalmente.*[54] Y, en segundo lugar, lo que resulta de aquellas proposiciones es que no son meros estados mentales –esto es: meros datos empíricos de índole psíquica (conocimiento, desconocimiento etc.)– los que deciden sobre la intensidad del apartamiento de una regla y, con ello, sobre la *ratio legis* de la cuantía del merecimiento de pena. Antes bien es la relación entre el estado mental de que se trate con su racionalidad epistémica lo que define la cuestión. La racionalidad del modo en que ha sido adquirido

52. Así JAKOBS. *AT*[2] cit., 1-7a.

53. Esta ampliación del ámbito del dolo para los casos de ceguera ante los hechos no es funcional a la selectividad empírica del derecho penal, conforme a la cual se persigue mayoritariamente a personas socialmente vulnerables. Pues los sujetos que se orientan a partir de configuraciones arbitrarias del mundo son, casi siempre, aquellos que fundan su prepotencia contra las normas penales en su conciencia de su baja vulnerabilidad frente a ellas (acerca de la importancia de la vulnerabilidad social para la responsabilidad penal cf. ZAFFARONI. *Penas*, 1989. p. 274 y ss.).

54. Como se ha visto, es diferente la intensidad en el apartamiento de la regla según que lo irracional sea una representación (corresponde imputación imprudente) o una falta de representación (corresponde imputación dolosa).

–o no– un determinado estado mental (esto es: su racionalidad epistémica) constituye, pues, la *ratio legis* en la que se funda el mayor castigo de ciertas conductas frente a otras.

Queda claro entonces que la intensidad comunicativa de la conducta que se aparta de una regla jurídico-penal es tanto más alta cuanto, desde un punto de vista objetivo, mejor puede preverse dicho apartamiento.[55] De esa simple constatación resultan las definiciones (semánticas) de dolo e imprudencia que aquí se defienden: *dolo es la especial clase de reproche objetivo que se efectúa a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar* ex ante *una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento*; por su parte, *imprudencia es la especial clase de reproche objetivo que se efectúa a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar* ex ante *una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea ese apartamieto*. Este es, por lo demás, el concepto de dolo con el que, a mi juicio, implícitamente trabajan tanto la doctrina como la jurisprudencia,[56] y que en este trabajo se busca reconstruir y definir. Con ello es suficiente como definición. Se trata nada más que de una simple abreviatura notacional,[57] para que en esta breve contribución se comprenda cuál es la esencia de mi punto de vista respecto al concepto de dolo (y también respecto al concepto de imprudencia).[58]

---

55. El "apartamiento de una regla" equivaldría –sólo en un sentido muy grueso– a la expresión tradicional "realización del tipo".

56. Una fundamentación detallada de esta afirmación brindo en PÉREZ-BARBERÁ, *Dolo como reproche objetivo*... cit., p. 635 y ss.

57. En este ámbito no sería fructífero concentrar los esfuerzos de la crítica en la inevitable imprecisión de una determinada formulación verbal. Pues las alternativas posibles a dicha fórmula serían, asimismo, necesariamente imprecisas. En este –por así decirlo– nivel de la formulación de la definición del concepto de dolo, la imprecisión en cuestión tiene que ver, únicamente, con un problema de lenguaje sin consecuencias materiales y, por lo tanto, de segundo rango (así también FRISCH. *GS-Meyer*, 1990. p. 541). La vehemente lucha verbal que en Alemania ha conducido a un concepto "filológico" de dolo (SCHÜNEMANN, *FS-Hirsch* cit. p. 363 y ss.), podría tal vez haberse evitado si se hubiera prestado mayor atención a esta advertencia. Cabe coincidir pues con Roxin en que, respecto de la cuestión material, tanto en la conceptualización del dolo como en todos los conceptos jurídicos "eine verbleibende 'Restunsicherheit' ist unvermeidbar'" (ROXIN. *AT I*[4] cit., § 12, nm. 73).

58. Queda claro, pues, que según mi punto de vista la relación conceptual entre dolo e imprudencia es *plus-minus*, *no aliud*, es decir: es de grado y no de índole. A favor de esta posición se pronuncian SCHMIDHÄUSER. *JuS*, 1980. p. 251; JAKOBS, *AT*[2] cit., 9-4; HERZBERG. *FG-BGH IV*, 2000. p. 60; *SK-StGB*[7]-HOYER, 2004, apéndice al § 16, nm. 2 y ss.; *NK-StGB*[3]-PUPPE. Cit., § 15, nm. 5. p. 598. En contra la doctrina dominante:

Las necesarias precisiones conceptuales de carácter sustantivo han sido desarrolladas exhaustivamente en otro lugar.[59]

5. CONCEPTO DE DOLO Y TEORÍA DE LA PROBABILIDAD

La concepción aquí desarrollada constituye una teoría de la probabilidad. En ese sentido, se acopla a una tradición que, en cuanto a la dogmática alemana, se remonta a autores de fines del siglo XIX y comienzos del XX, como Lucas[60] y Müller;[61] y a Engisch,[62] Welzel,[63] Herzberg[64] y Puppe,[65] en la discusión más reciente (entre muchos otros). Todos ellos, como es sabido, conceden al llamado 'pensamiento de la probabilidad' un lugar preeminente en sus desarrollos teóricos, lo cual –atento la persistencia en el tiempo de ese pensamiento y el prestigio de los autores citados– muestra de alguna manera la relevancia innegable que tiene para la dogmática del dolo la cuestión de la probabilidad de ocurrencia de un suceso o de concurrencia de alguna circunstancia típica, a punto tal que trasciende los absolutamente disímiles enfoques dogmáticos a los que adscriben sus partidarios: el 'pensamiento de la probabilidad', en efecto, ha sido defendido tanto por causalistas como por finalistas y teleológico-normativistas. Y cumple, además, un papel más que relevante en la jurisprudencia.[66]

---

cf., entre otros, JESCHECK; WEIGEND, *AT*[5], 1996. p. 563; SCHÖNKE; SCHRÖDER; STERNBERG-LIEBEN. *StGB*[28] cit., § 15, nm. 3. p. 240; con matices también ROXIN. *AT I*[4] cit., § 24, nm. 77 y ss. Más referencias bibliográficas acerca de esta discusión en *LK-StGB*[12]-VOGEL cit., § 15, Rn. 8 ff., S. 1002 ff. Para una fundamentación detallada de mi posición respecto a este problema específico cf. PÉREZ-BARBERÁ, *Dolo como reproche objetivo...* cit., p. 651 y ss.

59. PÉREZ-BARBERÁ, *Dolo como reproche objetivo...* cit., §§ 16 y ss., p. 635 y ss.
60. LUCAS. *Verschuldung* cit., p. 16.
61. MÜLLER. *Bedeutung*, 1912. p. 45 y ss.
62. Al menos para los casos de muy alta o muy baja probabilidad subjetiva (cf. ENGISCH, op. cit., p. 209).
63. WELZEL, *Strafrecht*[11], 1969. p. 68.
64. HERZBERG. *JuS* cit., p. 249 y ss.
65. PUPPE, *ZStW 103* cit., p. 1 y ss.; también en *NK-StGB*[3]-PUPPE cit., § 15, Rn. 64 ff.
66. Así lo sostienen también, entre otros, SCHÜNEMANN. *JR*, 1989. p. 93; *LK-StGB*[11]-SCHROEDER, op. cit. § 16, nm. 92; *NK-StGB*-PUPPE, op. cit., § 15, nm. 82 (diferente empero en NK-StGB[3]-PUPPE cit. § 15, nm. 98). Algo similar ocurre con la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (cf. BACIGALUPO. Op. cit., p. 323 y ss.).

Mi concepción, sin embargo, no debe ser entendida como una teoría *del dolo eventual*, tal como ha sido expuesta por lo general la llamada teoría de la probabilidad, sino como una teoría del concepto *de dolo*.[67] En efecto: en lo que respecta al concepto de dolo en general, sostener una teoría de la probabilidad no es sólo conveniente, sino teóricamente forzoso. Pues, en estricto sentido, toda la problemática del dolo (y también la de la imprudencia) remite a una relación inductiva –o sea: probabilística– entre dos enunciados, como enseguida se verá. No resulta correcta, en consecuencia, la afirmación de *Frisch* de que cualquier esfuerzo por precisar la teoría de la probabilidad carece de sentido.[68] Una prueba de ese desacierto es el hecho de que, después de emitida esa opinión, se hayan desarrollado dos de las más interesantes concepciones acerca del dolo, a saber: la de Herzberg y la de Puppe; y ellas constituyen versiones *actualizadas* de la teoría de la probabilidad.[69] También Roxin ha admitido que su punto de vista es más cercano al de las teorías de la probabilidad que al de las teorías del consentimiento o de la aprobación.[70]

Debe tenerse en cuenta que el concepto de probabilidad aquí aplicado es el denominado concepto *lógico* de probabilidad, no el concepto objetivo ni el subjetivo.[71] En tal sentido, cabe sostener que todo reproche doloso o imprudente está fundado en un enunciado de probabilidad (porque contiene una hipótesis de probabilidad), el cual es condicional y cuenta, por lo tanto, con un antecedente y un consecuente. Al antecedente se lo denominará *d* ("d" = datos).[72] Él está integrado por datos empíricos y reza, por ejemplo, "si ocurren los datos x, x_1, x_n...". Y al consecuente se lo denominará *h*, porque es una hipótesis:[73] "(...)entonces la posibilidad objetiva de previsión de realización del

67. La concepción que aquí se defiende adhiere, por tanto, a la idea de que el llamado dolo eventual constituye el "dolo básico" (véanse las referencias bibliográficas citadas en nota a pie 26).

68. Cf. FRISCH, *Vorsatz* cit., p. 21; el mismo, *GS-Meyer* cit., p. 536 y s.

69. PUPPE lo reconoce expresamente en *ZStW 103* cit., p. 1 y ss.

70. Cf. ROXIN, *JuS* cit., p. 58.

71. Acerca de las diferencias entre el concepto lógico, el objetivo y el subjetivo de probabilidad cf., entre muchos, CARNAP. *Logik*, 1959. p. 20 y ss.; ESSLER. *Logik*, 1970, p. 65 y ss.; NELL. *Wahrscheinlichkeitsurteile*, 1983. p. 21 y ss.

72. Al respecto y para lo que sigue cf. CARNAP. *Logik*, op. cit., p. 12 y ss., esp. p. 23 y ss. El enunciado "d" está compuesto, pues, por distintas observaciones empíricas. Carnap aclara que: "d" puede ser concebido como un único enunciado, aunque, bajo ciertas circunstancias, muy extenso, esto es, como la unión de varios enunciados observacionales singulares mediante conjunción (ibid., p. 23).

73. Vgl. CARNAP, op. cit., S. 23.

tipo es(...) (alta, baja etc.)". La relación lógica entre *d* y *h* es inductiva, pues *h* (como conclusión) no está contenida en *d* (como premisa). Una conclusión tal sólo puede ser, por tanto, una hipótesis probabilística.[74]

Toda hipótesis de probabilidad en sentido lógico es relativa a un determinado complejo de datos.[75] Es decir, una hipótesis absoluta y aislada que rece por ejemplo "es probable que llueva", mirada bien de cerca no tiene sentido. Sólo puede tener sentido si se la vincula a un determinado complejo de datos, i.e., si se la relativiza: "si tenemos una presión atmosférica *x*, una humedad *y*, una temperatura *z* etc., entonces es probable que llueva". Lo mismo vale para el enunciado de probabilidad en el que se funda el reproche doloso (o el imprudente): 'si se da un conocimiento *x* del autor, una voluntad *y*, una entidad del peligro *z* etc., entonces existe (objetivamente) una probabilidad *p* de previsión de la realización del tipo'. Es claro, pues, que el consecuente de un enunciado probabilístico (esto es: la hipótesis de probabilidad en sí) está directamente relacionado a los datos incluidos en el antecedente. Si un solo dato cambia o se excluye, o si se incluye algún otro dato, ello tendrá repercusión inmediata en el consecuente, que variará en el grado de probabilidad que señale, o directamente variará de signo. En el ejemplo dado, si se elimina o cambia el dato del conocimiento, o el de la voluntad o el de la entidad del peligro, variará forzosamente la conclusión respecto al grado de probabilidad de la previsión objetiva de la realización del tipo.

Estas hipótesis de probabilidad son objetivas, en el sentido de que es irrelevante qué se representa una persona particular acerca de esa probabilidad.[76] Pues el enunciado de probabilidad en cuestión surge directamente del análisis objetivo del complejo de datos con el cual él se relaciona.[77] Pero debe tenerse presente que, en este contexto, lo "objetivo" es la *hipótesis* de probabilidad, no el *concepto* de probabilidad empleado en ella. Todo ello vale, desde luego, cuando tal clase de hipótesis de probabilidad tiene lugar en el ámbito del derecho penal. Claro que, en virtud de la naturaleza punitiva del derecho penal, dicha conclusión empírica requiere de una legitimación normativa, que, a mi modo de ver, ha sido correctamente señalada por Puppe: "no es al autor a quien compete decidir sobre la relevancia jurídica de la realización típica del peligro

74. De allí que, como se dijo, sea forzoso en este ámbito sostener una teoría de la probabilidad. Cf. sobre ello, entre otros, STEGMÜLLER. *Probleme I*, 1969. p. 624 y ss.

75. Cf. CARNAP. *Logik*, op. cit., p. 26; ESSLER. *Logik*, op. cit., p. 76 y ss.

76. Cf. CARNAP. *Logik* cit., p. 33.

77. Ibid.

de la que es consciente, sino al derecho".[78] Queda claro, pues, que la teoría de la probabilidad que aquí se defiende, más allá de que se apoye en una larga tradición dogmática, se distancia considerablemente, en los fundamentos, de esas versiones tradicionales. Pues éstas, por lo general, postulan un concepto subjetivo de probabilidad, en tanto para ellas lo decisivo es qué probabilidad se ha representado el autor.[79] Una concepción tal es rechazada aquí expresamente. Y por supuesto que tampoco se sostiene aquí una concepción métrica o cuantitativa de probabilidad, que de hecho no ha sido defendida por nadie en la dogmática penal y, sin embargo, es destinataria de la mayoría de las críticas.[80] Puppe es prácticamente la única que advierte ese error, al expresar que el empleo de un concepto no cuantitativo de probabilidad, en este ámbito, es posible y plausible.[81]

Lo que debe quedar claro es que, según el punto de vista que aquí se defiende, *toda* imputación dolosa o imprudente está fundada, implícitamente, en una hipótesis de probabilidad como la aquí descripta, sea que se trate de un tipo de lesión o de un tipo de peligro (concreto o abstracto), y se requiera por tanto dolo de lesión o dolo de peligro, respectivamente.[82] La "posibilidad objetivamente privilegiada de prever la realización del tipo" puede estar referida, por lo tanto, a la realización tanto de un tipo de lesión como de un tipo de peligro, y en este último caso sea ese peligro concreto o abstracto.

6. REGLAS PARA LA APLICACIÓN PRÁCTICA

Ahora bien: ¿cómo han de resolverse los casos en la práctica, de conformidad con el concepto de dolo (y de imprudencia) aquí desarrollado? Lo fundamental es ofrecer una herramienta segura al operador jurídico para

78. *NK-StGB*-PUPPE cit., § 15, nm. 61. A ello habría que agregar que también es asunto del derecho, y no del autor, determinar incluso la relevancia de su representación –o de su falta de representación– concreta.

79. Cf., por todos, H. MAYER. *AT*, 1953. p. 250.

80. Cf. por ejemplo las críticas de FRISCH, *Vorsatz* cit., p. 20 y s., 282 y s.; JAKOBS. *AT*^{2} cit., 8-23, nota pie 47; aparentemente también HERZBERG. *JuS* cit., p. 251.

81. Cf. *NK-StGB*-PUPPE, cit., § 15, nm. 75; cf. también *NK-StGB*^{3}-PUPPE, op. cit., § 15, nm. 71 y ss.

82. Sobre el problema de la delimitación conceptual entre dolo de peligro, dolo eventual e imprudencia conciente cf., entre muchos otros, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. *Delitos*, 1994, capítulo segundo. Pero el concepto de dolo que aquí se propone es apto para toda clase de dolo.

que éste pueda construir de modo controlable el enunciado probabilístico en el que se funda la caracterización de un caso como doloso o imprudente. Así, dado que el antecedente de ese enunciado está conformado por un conjunto de datos, es necesario un criterio de relevancia a partir del cual seleccionar los datos que se incluirán en él. En efecto: "detrás" de toda hipótesis teórica hay, por así decirlo, una hipótesis de segundo orden, implícita, que no es teórica sino axiológica,[83] cuya función es determinar qué datos empíricos *deben* ser considerados relevantes –o irrelevantes– para la formulación de la hipótesis teórica correspondiente. Dicha hipótesis axiológica es denominada "hipótesis de relevancia" por la literatura analítico-filosófica,[84] y se funda en un marco teórico previo que, a su vez, se corresponde con el interés que lleva a formular la hipótesis teórica de que se trate.[85] La hipótesis de relevancia que aquí interesa se funda, por lo tanto, en el marco teórico conformado a partir del análisis de la *ratio legis* del mayor castigo de ciertas acciones, desarrollado ya en el apartado 4.

La hipótesis de relevancia brinda, pues, el marco valorativo a partir del cual se formularán reglas específicas de relevancia conforme a las cuales han de seleccionarse los datos empíricos que darán base a la hipótesis teórica. Son "reglas" en el sentido ordinario de la palabra, esto es, pautas binariamente regulativas. En este contexto específico ello quiere decir: pautas que establecen cuáles datos deben ser tomados en cuenta y cuáles no; o, dicho aún más específicamente, pautas que establecen qué condiciones tiene que cumplir un dato empírico para poder ser considerado relevante en orden a formar parte de la hipótesis (teórica) de probabilidad que funda el reproche doloso. Sólo estos datos empíricos tenidos por relevantes pueden integrar el enunciado antecedente 'd' de la hipótesis de probabilidad, conforme a la cual se determina la posibilidad objetiva de previsión del apartamiento de una regla jurídico-penal.

---

83. Una hipótesis teórica es la que tiene por fin explicar algo; una hipótesis axiológica es la que tiene por fin, previa valoración, seleccionar de un contexto general los datos útiles para intentar la explicación. Por eso digo que una hipótesis de relevancia es siempre de segundo orden: se refiere a una hipótesis de primer orden, que es la teórica.

84. Cf. ALCHOURRÓN; BULYGIN. *Introducción* cit., p. 33, 145 y s., 156 y s.

85. Ya he empleado este aparato conceptual en PÉREZ-BARBERÁ. *ZStW 114*, 2002. p. 600 y ss. Lo "axiológico", en este contexto, no remite a valoraciones de tipo éticas, sino a valoraciones preteóricas (cuyo marco de referencia es el interés científico de quien formula la hipótesis) que permiten seleccionar lo empíricamente relevante para la teoría que se pretende desarrollar.

La hipótesis de relevancia en cuestión reza lo siguiente: son en principio relevantes todos los datos empíricos (físicos o psíquicos) que contribuyeron a conformar el caso; pero, respecto de los datos psíquicos o estados mentales, sólo son relevantes aquellos cuya génesis pueda ser reputada objetivamente racional, es decir, que sean epistémicamente racionales. De esta hipótesis de relevancia se infieren dos reglas específicas de relevancia. La primera está directamente relacionada con la noción de "relevancia estadística",[86] y reza lo siguiente: *para que un dato empírico –psíquico o físico– pueda ser relevante, es necesario que sea posible considerarlo idóneo para influir, en más o en menos, en el grado de posibilidad objetiva de previsión del apartamiento de una regla jurídico-penal*. La función de esta primera regla es 'filtrar' datos empíricos que en nada pueden contribuir a la decisión respecto a un caso de imputación dolosa, según el contexto. Mucho más importante es la segunda regla de relevancia, que se funda en criterios objetivos de racionalidad epistémica y rige sólo para determinar la relevancia de los estados mentales. Ella dice: *para que un estado mental pueda ser considerado relevante es necesario que sea epistémicamente racional, o –lo cual es lo mismo– que el estado mental en cuestión tenga un origen o génesis objetivamente racional*.

La consecuencia central de la aplicación de esta segunda regla de relevancia es que ella puede determinar que un estado mental, como por ejemplo un determinado conocimiento o representación, o un desconocimiento o falta de representación, o una determinada intención, una determinada confianza etc., no deban ser considerados relevantes –por ser epistémicamente irracionales–, y que, en consecuencia, no deban ser tenidos en cuenta para la formulación de la hipótesis de probabilidad en la que se funda la caracterización de un caso como doloso o imprudente. Así, dadas ciertas circunstancias, una acción puede ser considerada dolosa aunque el autor no se haya representado ni siquiera los datos constitutivos del riesgo o peligro creado por su acción u omisión (y por eso es que, según esta concepción, es posible considerar doloso a un caso de ceguera ante los hechos). Y también es posible que una acción pueda ser considerada imprudente aunque el autor haya tenido la intención de realizar un riesgo no permitido y éste se haya realizado tal como el autor se lo representara al menos en su resultado final (y por eso es que, según esta concepción, es posible considerar imprudente a un caso de consumación objetivamente inesperada). Ello es producto de que esta segunda regla de

86. Acerca de la noción de relevancia estadística cf., entre otros, SALMON. *Statistical*, 1971; KINDHÄUSER. *Handlung*, 1980. p. 482; PUPPE, *ZStW 95*, 1983. p. 308; SUPPES. *Causality*, 1970. p. 12 y ss.; DÍEZ; MOULINES. *Fundamentos* cit., p. 243 y ss.

relevancia tiene su fundamento directamente en las consideraciones relativas a la *ratio legis* del mayor castigo del delito doloso y al fin del derecho penal, cuyo análisis, conforme se vio, adelantara ya estos resultados. Es precisamente esta regla de relevancia la que permite que aquellas conclusiones axiológicas de carácter más bien abstracto puedan materializarse, ahora, como consecuencias prácticas concretas de la aplicación del concepto de dolo aquí desarrollado.

El funcionamiento concreto de las reglas de relevancia puede mostrarse acudiéndose a los ejemplos ya utilizados en el apartado IV. En el caso (b) (ladrón que para huir dispara un arma de fuego contra quien lo persigue), en el antecedente del enunciado probabilístico en el que se fundará la caracterización del caso como doloso o imprudente –y de acuerdo con la primera regla de relevancia– debe incluirse (por ser relevante conforme a esa regla) el dato de la elevada entidad del peligro generado por la acción del autor respecto a la vida de la víctima. Y –de acuerdo con la segunda regla de relevancia– debe incluirse también el dato de la representación del autor de la posibilidad de que uno de sus disparos mate al perseguidor (por ser relevante conforme a esa regla), dado que dicha representación es epistémicamente racional en virtud de que está basada en el conocimiento –por definición racional– que tiene aquel respecto de las regularidades empíricas que rigen en ese contexto. Así, del dato de la elevada entidad del peligro sumado al dato de la representación del autor de la posibilidad de que ese peligro se realice (antecedente del enunciado) se infiere como conclusión que, en términos objetivos, la realización del tipo aparece como altamente probable (consecuente del enunciado), frente a lo cual no cabe sino concluir que, *ex ante*, la posibilidad de que el autor prevea su apartamiento de la regla es objetivamente privilegiada y corresponde, por lo tanto, caracterizar a su hecho como doloso.[87]

El mismo procedimiento debe aplicarse a todos los casos. Veamos, para sólo dar un ejemplo más, qué es lo que sucede en el caso (g) [automovilista irreflexivo], para mostrar qué es lo que se tiene en cuenta para concluir que un caso de ceguera ante los hechos debe ser imputado a título de dolo. En este caso, de acuerdo con la primera regla de relevancia, corresponde incluir en el antecedente del enunciado probabilístico el dato de la elevada entidad del peligro creado por el autor. Y, de acuerdo con la segunda regla de relevancia, *no corresponde* incluir el dato de la falta de representación de ese peligro por parte del autor, pues dicha ausencia de representación es epistémicamente irracional (en tanto desafía regularidades empíricas

87. Sólo en los resultados similar SCHÜNEMANN. *FS-Hirsch* cit., p. 372 y ss.

obvias). La hipótesis de probabilidad se funda, por lo tanto, únicamente en el dato de la elevada entidad del peligro creado, y de ese dato lo que se infiere, en términos objetivos, es que la realización del tipo aparece como altamente probable. Frente a ello –y al igual que en el caso anterior– cabe concluir que, *ex ante*, la posibilidad de que el autor prevea su apartamiento de la regla es objetivamente privilegiada y corresponde, por lo tanto, caracterizar también a este hecho como doloso.

7. CORRECCIONES SISTEMÁTICAS

Para finalizar, cabe agregar que este cambio de dirección en el enfoque acerca del concepto de dolo abandona definitivamente distinciones sistemáticas en el nivel estructural de la teoría del delito basadas en la distinción objetivo/subjetivo, entendido "subjetivo" como "psíquico" (o "mental") y "objetivo" como "externo", a la manera tradicional. Para una estructuración adecuada de la teoría del delito, mucho más relevante que lo que diferencia a los datos objetivos de los subjetivos es aquello que ambos tienen en común, a saber: el hecho de ser *empíricos*. Por eso no existe ninguna categoría normativa de la teoría del delito que, en cuanto a sus referencias empíricas, trabaje sólo con datos objetivos o sólo con datos subjetivos para establecer diferentes niveles de imputación: todas las constelaciones de casos que al derecho penal le interesan están conformadas por datos tanto objetivos como subjetivos. Así, el "conocimiento" (o un determinado conocimiento), en tanto dato psíquico, puede ser relevante no sólo para el dolo, sino también para lo que se denomina "imputación objetiva" y para la culpabilidad.

Debería por lo tanto ser fácilmente apreciable que no sólo no tiene ningún sentido hablar de "imputación objetiva" e "imputación subjetiva"; tampoco tiene sentido ya la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo. De hecho, no pocos autores son conscientes de que esa distinción entre objetivo y subjetivo, por lo menos en el ámbito de la llamada imputación objetiva, ha traído más inconvenientes que soluciones.[88] El dolo deja de ser, pues, un "concepto referencial" (en el sentido de que su extensión viene determinada por la extensión de su objeto: el "tipo objetivo" al que el dolo "se refiere"),[89] para,

88. Cf. por ejemplo: BÜRCKHARDT. *Straftat*, 1996. p. 99 y ss.; STRUENSEE. *LH-Baigún*, 1995. p. 251 y ss. Para un resumen de esas críticas cf. CANCIO MELIÁ. *Conducta*, 1998. p. 68 y ss.

89. Así toda la doctrina (cf., por todos: ALCÁCER GUIRAO. *Tentativa*, 2000. p. 386).

en todo caso, pasar a ser un concepto *de referencia*: él determina qué datos empíricos resultan relevantes para su realización.

En lugar del par "tipo objetivo/tipo subjetivo" se propone aquí, entonces, la distinción entre "tipo de explicación" y "tipo de imputación", aplicable ciertamente para la tipicidad, pero también para la antijuridicidad y la culpabilidad. Los datos empíricos, tanto objetivos (en el sentido de externos: físicos e institucionales) como subjetivos (psíquicos), deben ser seleccionados y relacionados entre sí conforme a un marco teórico que explicite el interés de que se parte y proporcione los criterios ontológicos y nomológicos de selección y relación. Con ello se obtiene una *explicación* empírica del suceso, que es el cometido central del tipo de explicación. Explicado un suceso empíricamente, resta determinar si él, normativamente, puede serle *imputado* a un autor, y en su caso con qué modalidad (dolosa o imprudente). Ese es el cometido central del tipo de imputación.

Extenderse más respecto de esta cuestión sistemática importaría, sin embargo, excederse por completo de los límites del presente trabajo. De allí que su tratamiento, en todo caso, deberá ser objeto de investigaciones ulteriores específicas. En este lugar sólo cabe agregar que este abandono de la decisión de establecer diferencias categoriales a partir de las características empíricas de los datos disponibles podría quizás considerarse como la última etapa (hasta ahora) de una evolución que comenzara ya a comienzos del siglo XX, con la superación del dogma "todo lo objetivo al tipo, todo lo subjetivo a la culpabilidad".[90]

---

90. "Un concepto moderno de dolo, acentuadamente normativo, podría abandonar el actual 'concepto psicológico de dolo' y remitirlo a un capítulo de la historia del derecho penal, del mismo modo que, alguna vez, el concepto normativo de culpabilidad remitió a la historia al concepto puramente psicológico de culpabilidad" (GAEDE. *ZStW 121* cit., p. 241 y s., quien, sin embargo y lamentablemente, no siguió ese camino: ibid., p. 242 y ss., 279 y s.).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Ciência penal pós-finalismo: uma visão funcional do direito penal, de Ricardo Breier – *RBCCrim* 46/94; e
- Dolo eventual e culpa consciente, de Sérgio Salomão Shecaira – *RBCCrim* 38/142.

Veja também Jurisprudência

- Desclassificação de dolo eventual para homicídio culposo na direção de veículo automotor: *RT* 914/355;
- Dificuldade de discernir dolo eventual e culpa consciente e dúvida que milita em favor da sociedade: *RT* 721/419; e
- Princípio da soberania do conselho de sentença frente à dúvida entre o dolo eventual e a culpa consciente: *RT* 688/337.

CONVENIÊNCIA E RESPEITO: SOBRE O HIPOTÉTICO E O CATEGÓRICO NA FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO PENAL

2

Convenience and respect in relation to the hypothetical and the categorical in the foundation of criminal law

LUÍS GRECO

Doutor e LL.M. em Direito pela Universidade Ludwig Maximilian (Munique). Assistente científico junto à cátedra do Prof. Dr. H. C. Mult. Bernd Schünemann.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Filosofia

RESUMO: O trabalho critica as tentativas de fundamentar barreiras intransponíveis ao poder do Estado em considerações de conveniência.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da pena - Princípio da legalidade - Princípio da humanidade das penas - Feuerbach.

ABSTRACT: This paper criticizes the attempts to ground insurmountable constraints to the power of the State in convenience considerations.

KEYWORDS: Theory of punishment - *Nullum crimen, nulla poena principle* - Feuerbach.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A legalidade penal em Feuerbach: 2.1 O argumento; 2.2 A estrutura do argumento; 2.3 A pretensão de vigência categórica da conclusão - 3. A lacuna de fundamentação entre as premissas e a conclusão: 3.1 O problema da contingência; 3.2 O problema da ponderabilidade; 3.3 O ponto cego do argumento - 4. Outras instâncias do argumento: 4.1 A crítica à tortura; 4.2 A crítica à pena de morte; 4.3 A crítica às penas cruéis e desproporcionais; 4.4 A humanização da execução penal por meio do argumento da ressocialização; 4.5 A crítica à punição de ações meramente privadas por meio da teoria do bem jurídico; 4.6 A crítica ao direito penal do inimigo - 5. Balanço intermediário - 6. Três indagações: 6.1 Conveniência como racionalização; 6.2 Respeito como conveniência indireta; 6.3 A conveniência da conveniência - 7. A tarefa - 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A[1] fundamentação que fornece Feuerbach ao princípio da legalidade penal – crimes e penas têm de ser definidos em lei, porque doutro modo, não se obterá o efeito de prevenção de delitos que se almeja – exemplifica, de modo quase paradigmático, uma forma de argumentar que tem grande importância não apenas na construção histórica do liberalismo jurídico-penal, mas mesmo na fundamentação que ainda hoje se oferece a uma série de aspectos da posição liberal. Essa forma de argumentar consiste, em suma, em fundamentar uma conclusão que, à primeira vista, parece derivar de uma consideração de respeito, numa consideração de conveniência, em reconduzir uma proibição categórica a uma recomendação hipotética. Após examinar outras instâncias do argumento, tentarei demonstrar que, se por um lado essa estratégia argumentativa é bem intencionada, porque visa a resolver um problema de motivação, ela enfraquece de modo indevido a posição que se propõe a defender.

2. A LEGALIDADE PENAL EM FEUERBACH

Há boas razões para tomar Feuerbach como ponto de partida da presente reflexão. Em primeiro lugar, é comum conceder a Feuerbach o título de fundador da moderna ciência do direito penal.[2] P. J. A. Feuerbach – pai do conhecido filósofo de mesmo sobrenome – foi o penalista mais destacado da Alemanha ao início do século XIX. Os manuais de hoje lhe fazem referência especialmente em dois momentos: na exposição das teorias da pena, em que não raro se menciona a chamada teoria da coação psicológica, e no capítulo sobre o princípio da legalidade, onde é comum reconduzir a conhecida máxima latina (*nullum*

1. Conferência apresentada na Universidade Pompeo Fabra, Barcelona, Espanha, a convite dos professores doutores Jesús-Maria Silva Sánchez e Ricardo Robles Planos, em 25.02.2011.

2. Assim o fazem, por exemplo, Arthur Kaufmann, Feuerbach, P. J. A. In: Görres Gesellschaft (coord.). *Staatslexikon*. Freiburg, 1959. vol. III. p. 253 e ss. (255); LÜDERSSEN; FEUERBACH; Paul Johann Anselm V. In: ERLER; KAUFMANN (coords.). *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 1971. vol. I. p. 1119; MIR PUIG. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo/Buenos Aires, 2003. p. 53; MOHNHAUPT; FEUERBACH, Paul Johann Anselm Von. In: STOLLEIS (coord.). *Juristen. Ein biographisches Lexikon*. München, 1995. p. 201; ROXIN; ARZT; TIEDEMANN. *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*. 3. ed. Heidelberg: Müller/Jur. Verl, 1994. p. 8. VORMBAUM. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Berlin/Heidelberg: Springer, 2009. p. 43, considera Feuerbach o "mais importante penalista alemão".

crimen, nulla poena sine lege) a Feuerbach.[3] A exposição em separado da teoria da pena e do princípio da legalidade se deve à sistemática dos manuais, não devendo ser entendida como indício de independência entre os dois temas. Pelo contrário, para Feuerbach, a relação entre os dois é das mais estreitas, porque é da teoria da pena que deriva ele o princípio da legalidade.

2.1 O argumento

Dito de modo resumido – para uma exposição detalhada, remeto a outro trabalho[4] – a *teoria da coação psicológica* tenta justificar a pena após proceder a uma distinção fundamental entre dois momentos: o da cominação de uma pena e o da imposição desta.[5] A cominação de uma pena é justificada por uma finalidade – "intimidação geral",[6] isto é, prevenir delitos (lesões a direito subjetivo),[7] por meio de coação psicológica, entendida essa como uma associação entre a prazerosa ideia de cometer um delito e a desprazerosa ideia de sofrer uma punição[8] – e pela consideração de que essa cominação não intervém

3. Por exemplo: ROXIN. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 4. ed. München: Beck, 2005. vol. I. § 3 nm. 22 e s., § 5 nm. 14, 22 e s.; JAKOBS. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2. ed. Berlin/New York, 1991 (= Strafrecht I), § 1 nm. 27 e ss., § 4 nm. 2; STRATENWERTH; KUHLEN. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Köln/Berlin/München: Stämpfli, 2004, § 1/24, 3/5; CEREZO MIR. *Curso de derecho penal español. Parte general*. Madrid: Tecnos, 2004. vol. I. p. 24, 199; Polaino Navarrete. *Introducción al derecho penal*. Lima, 2008. p. 69 e ss., 172.

4. GRECO. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*. Berlin: Duncker & Humblodt, 2009. p. 34 e ss. (= Lebendiges).

5. Por exemplo: FEUERBACH. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Erfurt: Aalen (reimpressão), 1966. vol. I. p. 56 (= Revision I).

6. FEUERBACH. Ist Sicherung vor dem Verbrecher Zweck der Strafe und ist Strafrecht Präventionsrecht? *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde. BpRW*. Teil I St. II. 1798. p. 3 e ss. (= Präventionsrecht), p. 30; *Ueber die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleydigung des Verbrechers. Nebst einer näheren Prüfung der kleinischen Strafrechtstheorie*. Chemnitz, 1800. p. 96 (= Sicherungsmittel); *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 14. ed. Giessen: Mittermaier, 1847 (= Lehrbuch), § 16.

7. FEUERBACH. *Lehrbuch des gemeinen*... cit., § 21; FEUERBACH. *Revision der Grundsätze*... cit., p. 65; *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Chemnitz: Aalen (reimpressão), 1966. p. 12 e ss. vol. II (= Revision II).

8. FEUERBACH. *Revision der Grundsätze*... cit., p. 43; *Revision der Grundsätze*... cit., vol. II, p. 150 e ss.; *Anti-Hobbes*. Gießen (reimpressão), 1967. p. 214 (= Anti-Hobbes). Sobre a psicologia de Feuerbach, que, ao contrário do que tradicionalmente se diz, nada tem de "racionalista", em detalhe: GRECO, op. cit., p. 44 s. e p. 87 e ss.

na esfera jurídica de ninguém.[9] Já a imposição de uma pena é justificada pela finalidade de confirmar a realidade da cominação – porque se a pena não for imposta, a cominação deixará de existir como tal,[10] – e também pela consideração de que o delinquente, ao cometer um delito que sabe punível, manifesta o seu consentimento com a imposição da pena.[11]

Como se pode observar, a teoria, mesmo nessa versão resumida,[12] contém mais do que a afirmativa de que a cominação de uma pena serve para intimidar a população, afirmativa essa a que a teoria não raro se vê reduzida em exposições mais recentes.[13] Essa redução, se bem que possa ser tachada de mera caricatura do pensamento de Feuerbach, não é, porém, de todo injustificada, vez que de fato nela se encontra o aspecto mais importante da teoria, ao menos no sentido de que é principalmente dela que Feuerbach deriva a sua conclusão mais central: o princípio da legalidade. Após expor suas considerações sobre a finalidade da cominação – intimidação geral – escreve Feuerbach: "Daí decorre que a vinculação do mal com o delito deve ocorrer por meio de uma ameaça legal".[14] Ou seja: ele deduz o princípio da legalidade de sua teoria da cominação da pena como intimidação geral. Só por meio de uma lei geral e imperativa,[15] determinada, clara e simples[16] se conseguirá associar na imaginação dos cidadãos as ideias de delito e de pena, de modo que não seja mais possível pensar na primeira, sem que automaticamente, por meio de um mecanismo de associação de ideias, venha à cabeça a segunda.[17]

---

9. FEUERBACH. *Revision der Grundsätze*... cit., vol. I, p. 49; *Anti-Hobbes* cit., p. 221; *Ueber die Strafe als Sicherungsmittel*... cit., p. 95; ligeiramente diverso Lehrbuch, § 17.

10. FEUERBACH. *Revision der Grundsätze*... cit., vol. I, p. 50; vide também: *Anti-Hobbes* cit., p. 226; *Ueber die Strafe als Sicherungsmittel*... cit., p. 96; *Lehrbuch des gemeine*... cit., § 16.

11. FEUERBACH. *Revision der Grundsätze*... cit., vol. I, p. 53 e ss.; *Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverraths*. Erfurt, 1798. p. 33.

12. Para outro resumo, um tanto mais claro: GRECO, op. cit., p. 49.

13. Por todos: JAKOBS, op. cit., p. 27, § 1 nm; Jescheck; Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 2, § 8 IV; MIR PUIG. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona, 2006. p. 18, § 3 nm.

14. FEUERBACH. *Revision der Grundsätze*... cit., vol. I, p. 49; vide também p. 63 e ss. De acordo: BAUER. *Die Warnungstheorie, nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien*. Göttingen, 1830. p. 143 e ss. (= Warnungstheorie).

15. FEUERBACH. *Revision der Grundsätze*... cit., vol. I, 49.

16. FEUERBACH. *Revision der Grundsätze*... cit., vol. I, p. 137; *Kritik des kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*. Giessen: Frankfurt (reimpressão), 1988. vol. I. p. 20.

17. FEUERBACH. *Lehrbuch des gemeinen*... cit., § 14.

2.2 A estrutura do argumento

O que nos interessa, por enquanto, não é se o argumento convence ou não (quanto a isso abaixo 3), e sim a sua estrutura: deve-se adotar o princípio da legalidade, porque sem ele o Estado não conseguirá realizar o fim a que almeja. Feuerbach tenta demonstrar que "para o legislador, é uma exigência de prudência fazer constar em suas leis penas determinadas".[18] O argumento em favor da legalidade é, portanto, um argumento de *conveniência* e, enquanto tal, tem ele natureza hipotética e, ao menos, parcialmente empírica. Sua *dimensão hipotética* está no fato de que ele começa com a postulação de um fim – intimidar a população contra o cometimento de delitos – derivando a conclusão da hipótese de que se quer realizar o fim postulado: se se quer intimidar a população, então se precisa da legalidade penal.[19] Sua *dimensão empírica* está contida em ao menos duas premissas que nele se encontram implícitas, a saber, a de que a lei é idônea a intimidar e, em segundo lugar, a de que a lei intimida com maior idoneidade ou com menor custo que as alternativas existentes. A legalidade é um instrumento útil, e essa é a razão pela qual devemos adotá-la.

2.3 A pretensão de vigência categórica da conclusão

Observe-se, entretanto, a seriedade, mais do que isso, a categoricidade de que Feuerbach reveste sua conclusão. "Essa lei penal é o ponto que jamais se pode perder de vista, do qual tudo decorre e ao qual tudo retorna".[20] "Uma sentença só pode absolver, quando a lei absolve, e condenar, quando a lei condena".[21] A lei penal é algo "categórico"[22] – o que, apesar da terminologia kantiana, é dito com uma finalidade bem diversa da de fundamentar uma teo-

18. HENKE. Grundriß einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts und der peinlichen Rechtswissenschaft. Sulzbach, 1809. vol. II. p. 370.

19. Para o *locus classicus* da distinção entre imperativos hipotéticos e categóricos cf. KANT. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. In: WEISCHEDEL (coord.). *Kritik der praktischen Vernunft; Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Kants*. Frankfurt, 1968. vol. VII (primeira publicação em 1785), BA 39.

20. FEUERBACH. *Revision der Grundsätze*... cit., vol. I, p. 88. De acordo: BAUER, op. cit., p. 50, para quem o conceito de lei penal tem o primeiro lugar "die erste Stelle" entre os conceitos fundamentais do direito penal.

21. FEUERBACH. *Lehrbuch des gemeinen*... cit., § 75.

22. FEUERBACH. *Revision der Grundsätze*... cit., vol. I, p. 146; similar, Ist Sicherung vor dem Verbrecher... cit., p. 22 e p. 41 e ss.

ria retributiva da pena[23] – ou mesmo "sagrado".[24] A seu ver, um dos principais méritos de sua teoria da coação psicológica está em que ela consegue fundamentar o princípio da legalidade, e a objeção central que Feuerbach dirige a seus concorrentes, que defendiam especialmente teorias que hoje chamaríamos de preventivo-especiais, é a de que essas teorias não seriam compatíveis com o princípio da legalidade penal: "O conceito de uma lei penal determinada e o conceito de pena como prevenção se cancelam reciprocamente".[25]

3. A LACUNA DE FUNDAMENTAÇÃO ENTRE AS PREMISSAS E A CONCLUSÃO

Ocorre que as premissas apresentadas por Feuerbach são incapazes de fundamentar a conclusão a que chegam. Elas apresentam, principalmente, três problemas, a que vou me referir como o problema da contingência, o problema da ponderabilidade e o problema do ponto cego.[26]

3.1 O problema da contingência

Como visto acima, tanto a premissa de que a lei é um meio idôneo para intimidar, como a de que a lei intimida com maior idoneidade ou menor custo que as alternativas existentes, têm natureza empírica. Isso significa não só que o seu conteúdo de verdade pode ser hoje questionado: pense-se no exemplo do direito inglês, que até hoje não conhece uma tipificação legal, mas somente uma definição jurisprudencial, do delito de homicídio simples (*manslaughter*),[27] o

---

23. Em detalhe: GRECO, op. cit., p. 454 e ss.

24. FEUERBACH. Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft. Eine Antrittsrede. In: LÜDERSSEN (coord.). *Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*. Frankfurt, 1968. p. 73, (primeira publicação em 1804, p. 61 e ss.). Várias outras citações em KÜPER. *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*. Berlin: De Gruyter, 1967. p. 76, que sublinha o caráter categórico do princípio da legalidade em Feuerbach.

25. FEUERBACH. *Uber die Strafe als Sicherungsmittel*... cit., p. 47 e ss. e p. 61 (citação); assim também: ALMENDINGEN. *Darstellung der rechtlichen Imputation*. Gießen: Tasché & Müller, 1803. p. 16. Observação terminológica: *Präventionstheorie* era o nome da teoria de Grolman, de caráter preventivo-especial.

26. Vide já: GRECO. Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? *ZIS* 2008. p. 234 e ss. (238), referindo ao problema da contingência e do ponto cego; crítica similar também em GRECO. *Lebendiges und Totes*... cit., p. 253 e s.

27. Vide: ASHWORTH. *Principles of criminal law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 7.

que não parece nem menos intimidador, nem mais custoso que a promulgação do § 212 StGB ou do art. 138 do Código Penal espanhol. Mais importante é a consideração de que ainda que tenhamos boas razões para aceitar essas premissas como proposições verdadeiras, essas razões só terão peso no momento em que efetuarmos a comparação entre as premissas e a realidade, não havendo qualquer garantia de que, futuramente, essa realidade não se modifique, o que tornaria necessário revisar as premissas. Concretamente: ainda que a lei penal seja hoje um meio idôneo para intimidar e o mais idôneo ou menos custoso dos meios existentes, não se pode excluir que, num futuro próximo, surja um meio superior, que permita que esses efeitos de intimidação sejam obtidos sem a lei penal. Aí reside o que quero chamar de *problema da contingência*: o caráter empírico de certas premissas do argumento de Feuerbach leva a que elas só consigam fundamentar conclusões de natureza contingente, isto é, conclusões tão variáveis e mutáveis como as premissas nas quais elas se fundamentam. Quem considera a intimidação o fundamental, a verdadeira razão de ser do princípio da legalidade, tem de abandonar ou ao menos relativizar o princípio da legalidade nos casos em que o seu atendimento não intimida ou em que a intimidação é alcançada já pelo atendimento de outras considerações. Isso significa, ademais, que argumentos como o de Henkel, que em 1933 defendia tipos penais indeterminados e a analogia *contra reo* alegando que com isso se intimidaria melhor a população,[28] passam a ser argumentos válidos, a que o liberal não apenas tem de dar ouvidos, mas também conseguir refutar numa discussão sobre verdades empíricas.

3.2 O problema da ponderabilidade

Não há meio que seja idôneo exclusivamente para promover um único estado de coisas desejado, não há estado de coisas que seja passível de promoção por um único meio. Se o principal argumento em favor da legalidade é que ela é idônea para promover o estado de coisas desejado "intimidação geral", então será necessário perguntar se a legalidade não promove, ao mesmo tempo,

28. HENKEL. *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*. Hamburg, 1933. p. 68; já anteriormente: EXNER. Über Gerechtigkeit im Strafmass. *Gerechtigkeit und Richteramt*. Leipzig, 1922. p. 5 e ss. (59); de acordo: FREISLER. Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers? Fesselung des Verbrechers oder des Richters? *DStR*. p. 1 e ss. 1935. (15); Gedanken zur Technik des werdenden Strafrechts und seiner Tatbestände. *ZStW* 55. p. 503 e ss. 1936. (520). Instrutivo sobre as violações do nacional-socialismo ao princípio da legalidade: KREY. *Keine Strafe ohne Gesetz*. Berlin/New York: De Gruyter, 1983. p. 30 e ss.

outros estados de coisas, agora indesejados, e a vigência da legalidade passará a depender de uma ponderação entre os estados de coisas desejados e indesejados que ela promove. Para ser mais concreto, pense-se nas reconhecidas componentes do princípio da legalidade, que provocam, todas elas, vários efeitos indesejados: a proibição de retroatividade promove também a não punição de certas pessoas que merecem ser punidas, a proibição de analogia promove disparidades de tratamento, a proibição de direito costumeiro promove uma petrificação do direito. Por que não ponderar necessidade de intimidação com a de não deixar impunes fatos merecedores de pena, com a de impedir disparidades de tratamento de uma certa intensidade ou uma petrificação do direito, para permitir uma relativização dos imperativos da *lex praevia, stricta e scripta* ao menos em certos casos?

A legalidade tampouco é o único meio para promover o estado de coisas desejado intimidação geral – já se mencionou acima uma jurisprudência constante, poder-se-ia pensar também em decretos e portarias do Poder Executivo, ou mesmo num policiamento intenso e regular. Se a legalidade é sustentada com o argumento de Feuerbach, ela só seria preferível a esses meios por causa de outras vantagens que dela decorreriam e de certas desvantagens que ela seria capaz de evitar, na medida em que essas consequências, num processo de ponderação, parecessem mais significativas do que as provocadas pelos meios alternativos. Corolário disso, contudo, é que ao menos em casos incomuns, seria possível relativizar o princípio da legalidade em favor de um desses meios concorrentes, permitindo uma criminalização por ato de um juiz, do presidente da república, de um ministro ou mesmo de um delegado de polícia.

3.3 O ponto cego do argumento

Por fim, há algo que o argumento não enxerga: se a legalidade é fundamentada numa consideração de conveniência ou de utilidade, um dado que parece intuitivamente importante deixa de ser mencionado. Segundo a fundamentação de Feuerbach, o que existe de errado em punir sem uma lei prévia, ou com base numa analogia, ou no direito costumeiro, não é que essa punição seja injusta ou que ela signifique uma desqualificação daquele que pune, ou um desrespeito daquele que é punido. O erro está em que tal punição é inútil e desnecessária, porque o delito a que ela está reagindo talvez sequer tivesse ocorrido, se o princípio do *nullum crimen sine lege praevia, stricta* ou *scripta* tivesse sido respeitado. O Estado que pune sem lei não é em primeiro lugar injusto, mas sim perdulário, se o meio ineficaz é conscientemente empregado, ou leviano, se assim atua sem essa consciência. Ainda que a atuação perdulá-

ria ou leviana acabe, ao final, qualificada também de injusta, essa qualificação advém não de uma aplicação direta de critérios de justiça, mas sim do caráter inútil, isto é, não conveniente da atuação, ele sim primário. Isso significa, principalmente, que a justiça ou o respeito, enquanto tais, sequer são vistos, mas permanecem um ponto cego do argumento, que só os consegue enxergar enquanto derivados de considerações de conveniência.

4. OUTRAS INSTÂNCIAS DO ARGUMENTO

Ocorre que a estrutura argumentativa por trás da fundamentação do princípio da legalidade em Feuerbach não se manifesta apenas aqui, mas também na fundamentação de vários outros limites ao poder do Estado que foram paulatinamente se consolidando em especial nos últimos dois séculos. Chamarei o conjunto desses limites, dos quais abaixo discutirei apenas uma amostra, de *tradição do liberalismo jurídico-penal*.[29] Como o princípio da legalidade de Feuerbach, os limites que passo a discutir são entendidos pela tradição liberal não como meras recomendações contingentes, de vigência hipotética, mas como barreiras absolutas, como proibições categóricas. Mas, ao largo de dois séculos, os principais argumentos que os autores liberais ofereceram para sustentar esses limites foram argumentos de conveniência, o que, como veremos, significa que os três problemas acima apontados (contingencia, ponderabilidade e ponto cego) continuam a apresentar-se.

4.1 A crítica à tortura

O principal (mais uma vez, não o único)[30] argumento da famosa crítica de Beccaria à tortura pode ser sintetizado na seguinte afirmativa: "esse é o meio seguro de absolver os celerados robustos e condenar os inocentes débeis".[31] Já antes dele escrevia o rei filósofo Frederico II, da Prússia, que abolira em 1740 a tortura na maior parte dos casos, se bem que não em todos:[32] "Um vilão ro-

29. Bem próximo: PASTOR. *El poder penal internacional*. Barcelona: Atelier, 2006. p. 19 e ss., que fala numa "cultura penal universal".

30. BECCARIA. Dei delitti e delle pene. In: FIRPO (coord.). *Opere*. Milão, 1984. vol. I. p. 15 e ss., primeiramente publicado em 1764 (= Delitti) menciona também, ao início do § XVI, a presunção de inocência, mas esse argumento parece ter importância secundária.

31. Idem, §§ XVI.

32. Detalhes em: SCHMIDT. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. 3. ed. Göttingen, 1965. § 253.

busto nega seu crime. Um inocente de corpo frágil confessa algo que não praticou". Apenas com a abolição da tortura pode-se "ter a certeza de não confundir inocentes e culpados, e a administração da Justiça continua, ainda assim, a funcionar".[33] Também Grolman e Feuerbach argumentam de modo similar. Feuerbach, que fora o responsável pela abolição da tortura na Baviera em 1806, diz que a tortura é injusta e ineficaz: "injusta (...), por infligir uma pena certa a alguém que não se sabe ainda se merece ser punido, e porque ela facilmente leva um inocente a confessar falsamente; e ela contradiz à sua própria finalidade, porque ela entrega ao poder do vilão forte (...) desafiar a justiça"[34] – ou seja, a maior parte da injustiça da tortura é que ela atingia as pessoas erradas.[35] Modernamente, uma das mais difundidas objeções à tortura é o argumento da chamada *slippery slope*: se a tortura for permitida ainda que num único caso, ela acabará sendo usada também em outros, sendo impossível controlá-la.[36]

---

33. Über die Gründe, Gesetze einzuführen oder abzuschaffen. In: VOLZ (coord.). *Die Werke Friedrichs des Großen in deutscher Übersetzung*. Trad. Oppeln-Bronowski. Berlin: Reimar-Hobbing, 1749. p. 22 e ss. (35). É verdade que esse tampouco é o único argumento.

34. FEUERBACH. Die Aufhebung der Folter in Baiern. *Themis, oder Beiträge zur Gesetzgebung*. Landshut, 1812. p. 239 e ss. (241); um pouco diverso: FEUERBACH. *Lehrbuch des gemeinen*... cit., § 590 ("a razão e a humanidade a condenam").

35. Vide também a crítica de: GROLMAN. *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*. Gießen: Glashütten im Taunus (reimpressão), 1970. § 671.

36. Por exemplo: KREMNITZER. The Landau Commission Report. *Israel Law Review* (23). p. 216 e ss. p. 260 e ss. 1989; RAESS. *Der Schutz vor Folter im Völkerrecht*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verl., 1989. p. 112 e s.; MORGAN. The utilitarian justification of torture. *Punishment and Society* (2). p. 181 e ss. e p. 191 e ss. 2000; EHRLICH; JOHANNSEN. Folter im Dienste der Sicherheit? In: HASSE et al (coords.). *Menschenrechte*. Baden Baden: Nomos, 2002. p. 332 e ss. e p. 358 e s.; HAURAND; VAHLE. Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungsfällen. *NVwZ* (22). p. 514 e ss. 2003 (521); KRETSCHMER. Folter in Deutschland. *Recht und Politik*. p. 102 e ss. 2003. (114); WELSCH. Die Wiederkehr der Folter als das letzte Verteidigungsmittel des Rechtsstaates? *BayVBl*. p. 481 e ss. 2003. (485); GEBAUER. Zur Grundlage des absoluten Folterverbots. *NVwZ*. p. 1405 e ss. 2004. p. 1408 e s.; ZIEGLER. Das Folterverbot in der polizeilichen Praxis. *KritV*. p. 50 e ss. 2004. (62); ELLBOGEN. Zur Unzulässigkeit der Folter (auch) im präventiven Bereich. *Jura*. p. 339 e ss. 2005. (342); GUSY. Christian Thomasius: Über die Folter (1705). *NJW* (5). p. 239 e ss. 2005. (240); KREUZER. Zur Not ein bisschen Folter? In: NITSCHKE (coord.). *Rettungsfolter im modernen Rechtstaat?* Bochum: Kamp, 2005. p. 44 e ss. (44); ROXIN. Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein? In: ARNOLD, Jörg. *Festschrift für Eser*. München: Beck, 2005. vol. I. p. 461 e ss. e p. 467 e s.; Rettungsfolter? In: GRIESBAUM, Rainer.

O ponto cego dessa argumentação é manifesto: se não torturamos, é porque não convém, e não porque devemos respeito ao ser humano candidato a ser torturado. E daí já decorre o problema da contingência: se a razão de não torturar é a de que não convém, será defensável ou mesmo permitido torturar, a depender das circunstâncias. A proibição forte, absoluta, da qual parte o art. 15, II, da Convenção Europeia de Direitos Humanos se perde. O argumento de que as circunstâncias são extremas (necessidade de impedir atentados terroristas)[37] ou incomuns (necessidade de salvar uma criança

---

Festschrift für Nehm. Berlin: Berliner Wiss. V., 2006. p. 161 e ss. e p. 171 e s.; K. GÜNTHER. Darf der Staat foltern, um Menschenleben zu retten? In: BEESTERMÖLLER; BRUNKHORST (coords.). *Rückkehr der Folter*. München: Beck, 2006. p. 101 e ss. e p. 106 e s.; HASSEMER. Sicherheit durch Strafrecht. *StV*. p. 321 e ss. 2006 (330); MOLINA FERNÁNDEZ. La ponderación de intereses in situaciones de necesidad extrema: es justificable la tortura? In: CUERDA RIEZU (coord.). *La respuesta del derecho ante los nuevos retos*. Madrid: Dykinsin, 2006. p. 265 e ss. e p. 280 e s.; DER PFORDTEN. Ist staatliche Folter als fernwirkende Nothilfe ethisch erlaubt? In: LENZEN (coord.). *Ist Folter erlaubt?* Paderbon: Mentis, 2006. p. 149 ss. (168); POSCHER. Menschenwürde als Tabu. In: BEESTERMÖLLER; BRUNKHORST. *Rückkehr der Folter*. München: Beck, 2006. p. 50 e ss. (53); STEINHOFF. Warum Folter manchmal moralisch erlaubt, ihre Institutionalisierung durch Folterbefehle aber moralisch unzulässig ist. In: LENZEN. *Ist Folter erlaubt?* Paderborn: Mentis, 2006. p. 173 e ss. e p. 194 e ss.

37. Na doutrina, vide a defesa da tortura como instrumento de combate ao terrorismo principalmente por Brugger e Dershowitz: BRUGGER. Darf der Staat ausnahmsweise foltern? *Der Staat* (35). p. 66 e ss. 1996; Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter? *JZ*. p. 165 e ss. 2000; *Freiheit und Sicherheit*. Baden Baden: Nomos, 2004. p. 56 e ss.; Das andere Auge. Folter als zweitschlechteste Lösung. In: NITSCHKE (coord.). *Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat?: eine Verortung*. Bochum: Kamp, 2005. p. 107 e ss.; e DERSHOWITZ. *Why terrorism works*. London/New Haven: Yale Univ. Press, 2002. p. 150 e ss.; Tortured reasoning. In: LEVINSON (coord.). *Torture – A collection*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2004. p. 257 e ss., que propõe a criação de uma ordem judicial de tortura (*torture warrant*) (cf. por exemplo, *Why terrorism works*, p. 158; Tortured reasoning, p. 263). Cf. ademais: JOERDEN. Über ein vermeintliches Recht (des Staates), aus Menschenliebe zu foltern. *Jahrbuch für Recht und Ethik* (13). p. 495 e ss. 2005. p. 519 e 522 e ss., para o qual a tortura seria permitida em situações extremas, como a da bomba relógio; LEVINSON. "Precommitment" and "postcommitment": the ban on torture in the wake of september 11. *Texas Law Review* (81). p. 2013 e ss. 2003 (2042), substancialmente de acordo com Dershowitz.

Na prática, cf. o parecer da chamada Comissão Landau, em Israel (resumo publicado em *Israel Law Review* (23), p. 146 e ss., 1989), no qual, entre outras coisas, se opina

sequestrada)[38] ou simplesmente de que o uso de tortura não leva aos efeitos negativos temidos (como a lesão do inocente ou à *slippery slope*) e alcança os efeitos positivos esperados (em especial a descoberta da verdade) passará a ter relevância, e será necessário combatê-lo descendo ao campo minado da discussão empírica e da ponderação.

4.2 A crítica à pena de morte

Pelo menos desde Beccaria,[39] a maior parte dos críticos da pena de morte recorrem a um argumento central: a de que a pena de morte não intimida, sendo, portanto, inútil.[40] Ao mesmo tempo, só poucos dentre esses autores se

---

pela juridicidade dos métodos de interrogatório do chamado Serviço Geral de Segurança (General Security Service).

38. Cf. especialmente o chamado "caso Daschner", LG Frankfurt, *NJW* 2005, p. 692 e ss., e os autores que se manifestaram pela juridicidade do comportamento do policial que ameaçou torturar o sequestrador, para salvar a vida da criança sequestrada, entre os quais: ERB. Nothilfe durch Folter. *Jura*. p. 24 e ss. 2005; Notwehr als Menschenrecht. *NStZ* (11). p. 593 e ss. 2005; In: LENZEN (coord.). *Its Folter erlaubt?* Paderborn: Mentis, 2006. p. 19 e ss.; In: NITSCHKE (coord.). *Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat?: eine Verortung*. Bochum: Kamp, 2005. p. 149 e ss.; HERZBERG. Folter und Menschenwürde. *JZ* (7). p. 321 ss. 2005; JEROUSCHECK. Gefahrenabwendungsfolter – Rechtsstaatliches Tabu oder polizeirechtlich legitimierter Zwangseinsatz? *JuS* (4). p. 296 e ss. 2005; WITTRECK. Menschenwürde und Folterverbot. *DöV*. p. 873 e ss. 2003; Menschenwürde als Foltererlaubnis? In: GEHL (coord.). *Folter – Zulässiges Instrument im Rechtsstaat?* Weimar: Bertuch, 2005. p. 37 e ss.; Achtungs-gegen Schutzpflicht? Zur Diskussion und Menschenwürde und Folterverbot. In: BLASCHKE et al (coords.). *Sicherheit oder Freiheit?* Berlin: Duncker & Humblodt, 2005. p. 161 e ss.

39. Delitti, § XXVIII. A rigor, o argumento de Beccaria não era o de que a pena de morte não intimida, e sim o de que a prisão perpétua intimida melhor.

40. Nesse sentido, por exemplo: Amnesty International, Die Todesstrafe, Hamburg, 1979, p. 14; AZEVEDO MARQUES. Sanção inconstitucional, inócua e cruel. In: _____ (coord.). *Reflexões sobre a pena de morte*. São Paulo: Cortez/Ordem dos Advogados do Brasil, 1993. p. 41 e ss., principalmente p. 43; BATISTA. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 100; BAUMANN. Die Todesstrafe im System strafrechtlicher Sanktionen. *Weitere Schriften zur Strafrechtsreform*. p. 85 e ss. Bielefeld, 1969 (90); BATOCHIO. Pena de morte: a grande mentira. In: AZEVEDO MARQUES (coord.). *Reflexões sobre a pena de morte*. São Paulo: Cortez/Ordem dos Advogados do Brasil, 1993. p. 63 e ss. (66); BEDAU. An abolitionist's survey of the death penalty in America today. In: _____; CASSELL (coords.). *Debating the death penalty*. Oxford: Oxford University

preocupam em explicitar de onde eles retiram essa certeza. Raramente se ci-

Press, 2004. p. 15 e ss. (37); BICUDO. Contribuição ao debate da pena de morte. In: AZEVEDO MARQUES (coord.). *Reflexões sobre a pena de morte*. São Paulo: Cortez/Ordem dos Advogados do Brasil, 1993. p. 29 e ss. (31); BOCKELMANN. Die rationalen Gründe gegen die Todesstrafe. In: *Die Frage der Todesstrafe. Zwölf Antworten*. München: Piper, 1962. p. 137 e ss. e p. 141 e ss., complementando o argumento com uma consideração sobre o ônus da prova, p. 144; CAMUS. Die Guillotine. Trad. Meister. *Die Rache ist mein*. Stuttgart: Battenberg, 1961. p. 161 e ss. (174); CORREIA. La peine de mort. *Pena de morte*. Coimbra, 1967. vol. I. p. 23 e ss e p. 27 e ss.; DOBROWOLSKI. A pena de morte. In: CALHEIROS BONFIM (coord.). *Pena de morte*. Rio de Janeiro, 1985. p. 179 e ss. (182); DREHER. *Für und wider die Todestrafe en: Bemühungen um das Recht*. München, 1972. p. 81 e ss. e p. 90 e ss.; GARCIA VALDES. Pena capital. Estado actual de la cuéstion. *Temas de derecho penal. Penologia, parte especial, proyectos de reforma*. Madrid: Facultad de Derecho. Universidad Complutense Madrid. Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia, 1992. p. 11 e ss. e p. 29 e ss.; GERBER. Economic and Historical Implications for Capital Punishment Deterrence. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* (18). p. 437 e ss. 2004. p. 449; GREGORI; KAHN. A volta de um velho debate. In: AZEVEDO MARQUES. *Reflexões sobre a pena de* morte. São Paulo: Cortez/Ordem dos Advogados do Brasil, 1993. p. 85 e ss.; HOOD. Die Todesstrafe: Globale Perspektiven. In: BOULANGER; HEYES; HANFLING (coords.). *Zur Aktualität der Todesstrafe*. 2. ed. Berlin: Berlin-Verl/Spitz, 2002. p. 447 e ss. (447); HUNGRIA. Sobre a pena de morte. In: CALHEIROS BONFIM (coord.). *Pena de morte*. Rio de Janeiro, 1985. p. 1 e ss. (5); KELLER. *Die Todesstrafe in kritischer Sicht*. Berlin: De Gruyter, 1968. p. 87; KOESTLER. Die Rache ist mein. Trad. Battenberg. In: _____. *Die Rache ist mein*. Stuttgart: Battenberg, 1961. p. 9 e ss. (47); LIEPMANN. Gutachten über die Frage. Ist die Todesstrafe im künftigen deutschen und österreichischen Strafgesetzbuch beizubehalten? *Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages*, vol. II. p. 572 e ss. Berlin, 1921. p. 592 e ss.; LOHMANN. Überlegungen zur Todesstrafe aus philosophischer Sicht. In: BOULANGER; HEYES; HANFLING (coords.). *Zur Aktualität der Todesstrafe*. 2. ed. Berlin: Berlin-Verl/Spitz, 2002. p. 25 e ss. (30); MARTIS. *Die Funktionen der Todesstrafe: eine kritische Analyse zur Realität der Todesstrafe in der Gegenwart*. Bonn: Forum-Verl. Godesberg, 1991. p. 190 e ss. e p. 194; MAURACH. Juristische Argumente gegen die Todesstrafe. In: DORFMÜLLER. *Todesstrafe? Theologische und juristische Argumente*. Stuttgart: Kreuz-Verl, 1960. p. 24 e ss. e p. 34 e ss.; MITRA. Capital punishment in the indian sub-continent. *Revue Internationale de Droit Pénal* (58). p. 451 e ss. 1987 (470); NATHANSON. Does it matter if the death penalty is arbitrarily administered? *Philosophy & Public Affairs* (14). p. 149 e ss. 1985. (162); NOWAKOWSKI. Die Todesstrafe in Österreich. In: KOESTLER. *Die Rache ist mein*. Stuttgart: Battenberg, 1961. p. 323 e ss. e p. 335 e ss.; RADBRUCH. Zur Todesstrafe. In: WASSERMANN. *Gesamtausgabe*. Heidelberg, 1992. vol. 9. p. 302. (zuerst 1928), (p. 302); Das Ende der Todesstrafe. In: WASSERMANN. *Gesamtausgabe*. Heidelberg, 1992. vol. 9. p. 339 e ss. (339); STRATENWERTH. Juristische Erwägungen zur Todesstrafe. In: AA.VV. *Nein zur Todesstrafe. Ein*

tam investigações empíricas, o que é pouco surpreendente, porque não apenas existem estudos que afirmam a eficácia preventivo-geral da pena de morte,[41] como parece que a presente discussão científica não permite qualquer afirmação conclusiva sobre a questão.[42] Além disso, não se pode negar que o senso comum – em geral a última instância para a resolução de questões empíricas[43] – considera no mínimo plausível tal eficácia. Mas a verdade é que os críticos da pena de morte, quando alegam a sua ineficácia, não se preocupam com o que dizem nem as ciências empíricas, nem o senso comum. Mais do que isso: mesmo se as ciências empíricas chegassem ao resultado seguro de que a pena de morte, de fato, intimida, é provável que a recusa à pena de morte persistiria – com o que surge a suspeita de que o rechaço à pena de morte decorra de considerações diversas, impassíveis de refutação empírica e de serem expressadas através da linguagem de conveniência, na qual está formulado o argumento.

O mesmo se diga de outras difundidas alegações, como a de que a pena de morte gera um efeito brutalizador na população em geral,[44] ou de que a pena de

---

Podium von Amnesty International. Basel: Friedrich Reinhardt Verlag, 1978. p. 37 e ss. e p. 42 e ss.; TORGA. Pena de morte. In: CALHEIROS BONFIM (coord.). *Pena de morte*. Rio de Janeiro, 1985. p. 39 e ss. (42).

41. Por exemplo: EHRLICH. The deterrent effect of capital punishment. *The American Economic Review* (65). p. 397 e ss. 1975 (398, 416); EXNER. Deterrence: evidence and inference. *The Yale Law Journal* (85). p. 209 e ss. 1975; LAYSON. Homicide and deterrence: a reexamination of the united states time series evidence. Southern *Economic Journal* (52). p. 68 e ss. 1985. p. 86 e ss. e de data mais recente? CLONINGER; MARCHESINI. Execution and deterrence: a quasi-controlled group experiment. *Applied Economics* (33). p. 569 e ss. 2001.

42. Avaliação geral dos estudos publicados até 1980 em: BEYLEVELD. *A bibliography on general deterrence research*. Northamptonshire: Ashgate, 1980. p. 171 e ss. e p. 201; avaliação dos estudos publicados entre 1979 e 1986 em: ZVEKIC; KUBO. Main trends in research on capital punishment – 1979-1986. *Revue Internationale de Droit Pénal* (58). p. 533 e ss. 1987. p. 544 e ss. Segundo essas duas avaliações, a questão continuaria em aberto. Já a posterior avaliação publicada por BAILEY; PETERSON. Murder, capital punishment, and deterrence: a review of the literature. In: BEDAU (coord.). *The death penalty in America*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 135 e ss. (155) conclui que a eficácia de intimidação da pena de morte não estaria comprovada e provavelmente inexistiria.

43. GRECO. *Lebendiges und Totes*... cit., p. 365 e ss. e p. 367, recorrendo a ENGISCH. *Vom Weltbild des Juristen*. 2. ed. Heidelberg: Winter, 1965. p. 15.

44. Já: BECCARIA, op. cit., § XXVIII (92); RABDRUCH. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 7. e 8. ed. Leipzig: Quelle & Meyer, 1929. p. 109. ("cheiro de sangue"); Zur Todesstrafe cit., p. 302; Das Ende der Todesstrafe cit., p. 339; atualmente: ANDENAES. General

morte é aplicada seletivamente, em especial a delinquentes negros e pobres.[45] Ou estaríamos dispostos a aceitar a pena de morte, se ficasse comprovado que (e em que circunstâncias) ela serve também para pacificar a população, ou se se conseguisse aplicá-la a brancos e ricos?

4.3 A crítica às penas cruéis e desproporcionais

A Idade Média é conhecida pela crueldade e arbitrariedade das penas cominadas. A pena de morte, a ser executada das mais diversas formas, era uma das mais comuns na *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532, e apenas um exemplo já dará ideia da falta de proporcionalidade: tanto a conduta de coito

---

prevention – Illusion or reality? *Punishment and Deterrence*. p. 3 e ss. Michigan, 1974. (58); CORREIA, op. cit., p. 27; ESPY. Capital punishment and deterrence. What the statistics cannot show. *Crime & Delinquency* (26). p. 537 e ss. 1980; GARCIA VALDES, op. cit., p. 24; KELLER, op. cit., p. 259; STRATENWERTH. Juristische Erwägungen zur Todesstrafe cit., p. 52.

Tentativa de comprovação empírica em BOWERS; PIERCE. Deterrence or brutalization: what is the effect of executions? *Crime & Delinquency* (26). p. 453 e ss. 1980. p. 481 e ss.; cuidadoso, mas no mesmo sentido, BAILEY. Deterrence, brutalization, and the death penalty: another examination of Oklahoma's return to capital punishment. *Criminology* (36). p. 711 e ss. 1998; comprovação empírica tanto da brutalização, quanto da intimidação, em: COCHRAN; CHAMLIN. Deterrence and brutalization: the dual effects of executions. *Justice Quarterly* (17). p. 685 e ss. 2000. p. 697 e ss.; SHEPHERD. Deterrence *versus* brutalization: capital punishment's differing impacts among States. *Michigan Law Review* (104). p. 203 e ss. 2005. p. 247 e ss., afirmando que a brutalização preponderaria.

45. Por exemplo: BLACK JR. *Capital punishment: the inevitability of caprice and mistake*. 2. ed. London/New York: Norton, 1981. p. 22 e ss., p. 46 e ss. e p. 101; com comprovação empírica: BOWERS; PIERCE, op. cit., p. 563 e ss.; ademais: BAGGE. Die Anwendung der Todesstrafe in den USA. In: BOULANGER; HEYES; HANFLING. *Zur Aktualität der Todesstrafe*. 2. ed. Berlin: Berlin-Verl Spitz, 2002. p. 65 e ss; MITRA, op. cit., p. 457 e ss.; LOHMANN, op. cit., p. 25 e ss. (40); MARTIS, op. cit., p. 257; NATHANSON, op. cit., p. 152 e ss.; REIMAN. Justice, civilization, and the death penalty: answering van den hag. *Philosophy & Public Affairs* (14). p. 115 e ss. 1985 (p. 133, nota 22); STEVENSON. Close to death: reflections on race and capital punishment in America. In: BEDAU; CASSELL (coords.). *Debating the Death Penalty*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 76 e ss. e p. 78 e ss.; BRIGHT. Counsel for the poor: the death sentence not for the worst crime but for the worst lawyer. In: BEDAU (coord.). *The death penalty in America*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 275 e ss.; Why the United States will join the rest of the world in abandoning capital punishment. In: BEDAU; CASSELL. *Debating the death penalty*. Oxford: Oxford University Press, p. 152 e ss. e p. 157 e ss.

antinatural ("vnkeusch, so wider die natur beschieht", art. 116) como a de incêndio (art. 125) eram punidas com a mesma sanção, morte pelo fogo. Pelo menos em alguns países, a Idade Média parece estender-se até o século XXI: por exemplo, no Brasil, a injúria cometida com referência a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência é punida com reclusão de um a três anos e multa (art. 140, § 3.°, CP). Ou seja, a pena mínima da injúria simples é multiplicada por doze (art. 140, *caput*, do CP – um a seis meses, ou multa). Enquanto isso, o delito de lesões corporais é punido com detenção, de três meses a um ano (art. 129, *caput*, do CP).

Grande parte da crítica liberal dos últimos 200 anos se dirige contra esse estado de coisas. A primeira das tradicionais objeções é a do caráter preventivamente contraproducente dessas penas. "É essencial que as penas tenham harmonia entre si, porque é essencial que se evite primeiramente um crime grande do que um menor".[46] Concretamente: no Brasil, o racista que comete uma injúria é um racista burro, porque a lei o beneficia se, ao invés da injúria, ele optar por cometer lesões corporais. Um problema adicional, correlato ao do caráter contraproducente, que em geral é relevado em separado, é o de que leis cruéis e desproporcionais tendem a não ser aplicadas e, com isso, a perder sua autoridade perante a população. "A atrocidade das leis impede-lhes a

46. MONTESQUIEU. *Oeuvres completes*. Paris: Seuil, 1964, primeramente publicado em 1748, p. 527 e ss., Livre XI, 16. Vide ademais: BECCARIA, op. cit., § VI (ao final); FILANGIERI. *La Scienza della Legislazione*. Paris: Napoli, 2003 (reimpressão da edição de Paris, 1853; primeira publicação em 1780 e ss., Libro III Capo XXX, p. 194; Discurso sobre las penas, Granada, 1997, primeira publicação em 1782 , Cap. II 11, 14; GLOBIG; HUSTER. *Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung*. Zürich: Füszli, 1783, p. 56; BENTHAM. *An introduction to the principles of morals and legislation*, 1789, reimpressão Oxford: Clarendon Press, 1996, Chap. XIV 11; Chap. XV 5, que cita a passagem de Montesquieu acima transcrita; *The rationale of punishment*. London: Thomson Gale, 1830. p. 35; THIBAUT. *Beyträge zur Critik der Feuerbachischen Theorie über die Grundbegriffe des peinlichen Rechts*. Hamburg, 1802. p. 95; OERSTED. *Ueber die Grundregeln der Strafgesetzgebung*. Kopenhagen: Gyldendal, 1818. p. 150.
Na atualidade: ÁLVAREZ GARCÍA. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Granada: Comares, 2001. p. 152; KORIATH. Zum Streit um die positive Generalprävention. In: RADTKE e outros (coords.). *Muss Strafe sein?* Baden-Baden: Nomos, 2004. p. 49 e ss. (68); SILVA SÁNCHEZ. Eficiencia y derecho penal. *ADPCP* (49). p. 93 e ss. 1996. (122); essa proposição empírica é confirmada também pela análise econômica do direito penal, cf. STIGLER, op. cit., p. 55 e ss. (57); cf. ademais: URBINA GIMENO. Análisis económico del derecho y política criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminologia*. 2. época. n. extraordinario 2. p. 31 e ss. 2004. p. 61 e s.

execução", dizia Montesquieu,[47] e para Beccaria "a impunidade mesma nasce da atrocidade dos suplícios",[48] afirmativa que fez história na literatura liberal.[49] A terceira das tradicionais objeções se refere aos efeitos de tais sanções exacerbadas na sensibilidade da população: a lâmina que se utiliza em excesso acaba perdendo seu fio, a população brutaliza-se, acostuma-se com sanções extremas.[50] Na atualidade é possível formular essa terceira objeção fazendo referência à teoria da prevenção geral positiva: a pena proporcional à culpabilidade é a pena, que a longo prazo, melhor previne delitos,[51] a pena cruel e desproporcional tem efeitos desorientadores e desintegradores.[52]

---

47. MONTESQUIEU, op. cit., Livre XI, 13.

48. BECCARIA, op. cit., § XXVII.

49. FILANGIERI, op. cit., Libro III, Capo XXX, p. 194; CELLA. *Über Verbrechen und Strafe in Unzuchtfällen*. Saarbrücken, 1787. § 41 (57); LARDIZÁBAL. *Discurso sobre las penas*. Granada: Comares, 1997. cap. II, p. 15; OERSTED, op. cit., p. 150; BAUER. Versuch einer Berichtigung der Theorie des psychischen Zwanges. *NArchCrimR*. p. 429 e ss. 1827. (443); HEPP. *Kritische Darstellung der Strafrechts-Theorien*. Heidelberg, 1829. p. 94; na atualidade: ÁLVAREZ GARCÍA, op. cit., p. 152; CORREIA, op. cit., 58 e s.; EWING. Armstrong on the Retributive Theory. *Mind* (72). p. 121 e ss. 1963. (123).

50. MONTESQUIEU, op. cit., p. 61 e ss., primeiramente publicado em 1721, p. 80; De l'esprit, Livre XI, 12, 13; BECCARIA, op. cit., § III (ao final), § XXVII; FILANGIERI, op. cit., Libro III, Capo XXX, p. 194; HOMMEL. *Philosophische Gedanken über das Criminalrecht*. Hildesheim/Zürich/New York: Olms-Weidmann, 1998. p. 31; LARDIZÁBAL, op. cit., Cap. II, p. 30, com vários exemplos; THIBAUT, op. cit., p. 94; atualmente: EWING, op. cit., p. 123.

51. Por exemplo: ACHENBACH. Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld. In: SCHÜNEMANN (coord.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin/New York: De Gruyter, 1984. p. 135 e ss. (143); Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention. *GA*. p. 368 e ss. 1994. (376, 379); DUBBER. Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie. *ZStW* (117). p. 485 e ss. 2005. (498); HASSEMER. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2. ed. München: Beck, 1990. p. 323; HART-HONIG. *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 100; KAUFMANN. Die Aufgabe des Strafrechts. In: _____. *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*. Köln: Heymann, 1982. p. 263 e ss. (265); KUNZ. Prävention und gerechte Zurechnung. *ZStW* (98). p. 823 e ss. 1986. (832); Moos. Positive Generalprävention und Vergeltung. In: MELNIZKY; MÜLLER (coords.). *Festschrift für Pallin*. Wien: Manz, 1989. p. 283 e ss. (305); MÜLLER-DIETZ. Integrationsprävention und Strafrecht. In: VOGLER (coord.). *Festschrift für Jescheck*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985. vol. I. p. 813 e ss. (823); STRENG. Schuld ohne Freiheit? *ZStW* (101). p. 273 e ss. 1989. p. 287 e ss. e p. 295. Similares também a concepção elaborada por Hassemer, que distingue a por ele defendida prevenção geral positiva da chamada prevenção de integração da doutrina dominante (por

As três críticas são extremamente plausíveis – bem mais do que as críticas à eficácia intimidadora da pena de morte, uma vez que elas pelo menos correspondem ao senso comum. Ainda assim, as três são, a rigor, argumentos de conveniência, que por isso não escapam aos problemas acima apontados. Pense-se nos problemas da contingência e da ponderabilidade: por que não sacrificar um pouco da eficácia preventiva da sanção penal em favor de outros valores, como – para tomar o exemplo brasileiro acima mencionado – o de afirmar a igualdade racial, ou mesmo a dignidade das minorias? E o ponto cego da argumentação me parece também um tanto manifesto: por que considerações como o princípio da igualdade ou da culpabilidade não são suficientes, mas, quando sequer mencionadas, se veem reconduzidas a efeitos de prevenção?

4.4 A humanização da execução penal por meio do argumento da ressocialização

Um argumento bastante difundido em favor da humanização da execução, que foi utilizado especialmente pelos chamados penitenciaristas e correcionalistas do século XIX, é o de que uma execução penal desumana torna o detento uma pessoa perigosa, sendo, assim, ineficaz de uma perspectiva de prevenção especial. Spangenberg criticava as prisões da época como "escolas do vício e da corrupção", lamentando, que "nada ocorra para transformá-las em estabe-

---

exemplo, Einführung, p. 324 e ss.; Variationen der positiven Generalprävention. In: SCHÜNEMANN, Bernd; ASHWORTH Andrew (coords.). *Positive Generalprävention*. Heidelberg: C.F. Müller, 1998. p. 29 e ss. e p. 41 e ss.; Sicherheit durch Strafrecht. *StV*. 2006. p. 321 e ss. [331]), e as considerações de: ALCÁCER. Prevención y garantías: conflicto y síntesis. *Doxa* (25). p. 149. 2002. p. 154), que recusa as por ele chamadas "soluciones de síntesis" entre prevenção e justiça para defender que a estabilidade do direito penal depende de sua legitimidade (156).

52. Vide ademais: MITTERMAIER. *Ueber die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts in Lehr- und Strafgesetzbüchern*. Bonn, 1819. p. 59 s., contra a por ele chamada "extensão do campo criminal" (Ausdehnung des criminellen Gebietes): por meio dessa multiplicação dos crimes se perde o sagrado e necessário temor à seriedade do campo do criminal"; atualmente por exemplo: KINDHÄUSER. Personalität, Schuld und Vergeltung. *GA*. p. 493 e ss. 1989. p. 506; HASSEMER. Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts. *ZRP*. p. 378 e ss. 1992 (381) ("visibilidade do injusto"); FRISCH. An den Grenzen des Strafrechts. In: KÜPER; WELP (coords.). *Festschrift für Stree und Wessels*. Heidelberg: Müller, 1993. p. 69 e ss. e p. 81-85. ("adequidade penal"); *Prittwitz*, Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio?, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (coord.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt a. M., 1995, p. 387 e ss. (403).

lecimentos correcionais".[53] Zeller, após justificar a finalidade educativa da pena como dever cristão, dizia que um estabelecimento prisional organizado como um "domínio despótico" não alcança esse efeito educativo,[54] e Obermaier, após descrever o estado dos estabecimentos prisionais, reclamava que "leis penais injustas dão sua importante contribuição para o sofrimento desses infelizes; e não raro impedem elas, por sua severidade e dureza sem medida, finalidade ou objetivo, a correção dos detentos".[55]

A exigência de tratar humanamente os presos é, portanto, uma recomendação de conveniência. Ela passa a ser ponderável com as tantas outras finalidades que o Estado tenta realizar, como a de garantir a segurança e a de demonstrar que não vale a pena cometer delitos. Parece claro que a argumentação tem um ponto cego: afinal, será realmente preciso mencionar uma razão de conveniência para justificar a exigência de tratar humanamente outros seres humanos?

4.5 A crítica à punição de ações meramente privadas por meio da teoria do bem jurídico

O direito penal alemão continha até 1975 um tipo penal do homossexualismo entre homens adultos (§ 175 StGB). O Código Penal brasileiro até hoje conhece o tipo de "escrito (...) ou objeto obsceno" (art. 234 do CP). A crítica liberal a essas proibições vale-se, especialmente, do argumento do bem jurídico. Diz-se que essas chamadas condutas meramente imorais não afetam bens jurídicos. Como a justificação do direito penal não é religiosa ou transcendente, e sim imanente – proteger as condições de vida pacífica em sociedade – condutas que não afetem bens jurídicos não podem ser legitimamente proibidas pelo direito penal.[56]

---

53. SPANGENBERG. Ueber die sittliche und bürgerliche Besserung der Verbrecher, mittelst des Pönitentiärsystems, als den einzigen zulässigen Zweck jeder Strafe, Landshut, 1821, p. 78.

54. ZELLER. Grundriß der Strafanstalt, die als Erziehungsanstalt bessern will, Stuttgart/Tübingen, 1824, p. 33, 37 e s.

55. OBERMAIER, Anleitung zur vollkommenen Besserung der Verbrecher in den Straf-Anstalten, Kaiserslauten 1835, p. 4. Vide ademais *Julius*, Vorlesung über die Gefängniß-Kunde, Berlin, 1828, p. 85 e ss.; RÖDER. Zur Rechtsbegründung der Bessegunsstrafe, Heidelberg, 1846 p. 21 f.; Idem, Zur Verständigung über das Verhältnis der Einzelhaft zur Strafgesetzgebung, in: NArchCrimR 1850, p. 412 e ss. (418 e ss.).

56. Defendendo a teoria do bem jurídico, com fundamentação ao menos similar: ROXIN. Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts? In: HEFENDEHL (coord.). *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*. Köln/Berlin/

A teoria do bem jurídico se encontra em franca crise, que se tornou aguda após a decisão do incesto, do Tribunal Constitucional alemão.[57] Ocorre que essa crise se deve principalmente a duas objeções que, a meu ver, não são convincentes e não chegam ao cerne da questão. Essas duas objeções se referem à dificuldade de definir o que é bem jurídico (problema de definição) e de justificar a pretensão da teoria de vincular o legislador (problema de fundamentação).[58] Parece-me que, muito mais importante do que essas duas dificuldades, é o fato de que a teoria do bem jurídico consiste em um argumento de conveniência.[59] Dizer que não se deve punir o homossexualismo, porque essa conduta não afeta bem jurídico, equivale a dizer que não se deve punir o homossexualismo, porque não se ganha nada com isso. Ainda que isso seja hoje verdadeiro: tanto o problema da contingência, quanto o da ponderabilidade, quanto o do ponto cego acabam apresentando-se. Se uma sociedade for intolerante o suficiente, pode ser que se ganhe, sim, paz social com a proibição do homossexualismo. E isso porque a rigor, o direito dos indivíduos de ter relações sexuais com os adultos que nelas consintam não aparece em lugar algum no argumento – e se ele ali aparecer, será transformado em mero "contrainteresse à proibição",[60]

München: Heymann, 2005. p. 135 e ss. e p. 144; *Strafrecht, Allgemeiner Teil*... cit., § 2 Rn., p. 7; SCHÜNEMANN. Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation. In: HEFENDEHL; WOHLERS; V. HIRSCH (coords.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 133 e ss.; HEFENDEHL. Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts. *GA* 2007. p. 1 e ss. 2004.; GRECO. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCCrim* 49/97 e ss. Mais referências em: GRECO. *Lebendiges und Totes*... cit., p. 312 e ss.

57. *BVerfGE* (120), p. 224 e p. 241 e s.

58. Exemplo da primeira ordem de objeções em: BOCKELMANN. Vom Sinn der Strafe cit., p. 25 e ss. (26); mais recentemente: STRATENWERTH. Zum Begriff des Rechtsgutes. In: ESER et al (coords.). *Festschrift für Lenckner*. München: Beck, 1998. p. 377 e ss. (388); exemplo das objeções referidas ao problema de fundamentação em LAGODNY. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Tübingen: Mohr, 1996. p. 144; VOGEL. Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *StV* (2). p. 110 e ss. 1996. (112); APPEL. *Verfassung und Strafe*. Berlin: Duncker und Humblot, 1998. p. 206; Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? *KritV* (82). p. 278 e ss. 1999.

59. Cf. GRECO. Was lässt das... cit., p. 236 e ss.; *Lebendiges und Totes*... cit., p. 351 (com referências).

60. Para esse conceito fundamental: SCHAFFSTEIN. Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht. In: LEIPZIGER JURISTENFAKULTÄT (coord.). *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Richard Schmidt*. 1936. p. 49 e ss., p. 56 e ss. e p. 64.

com o que algo que era um direito se torna um interesse ponderável, que pode, numa ponderação, ver-se superado pela força dos interesses contrários.

4.6 A crítica ao direito penal do inimigo

Por fim, um exemplo um tanto recente. Desde que Jakobs expôs – ou defendeu, a depender de como ele é interpretado – a figura do chamado direito penal do inimigo, escreveu-se aproximadamente uma centena de respostas à ideia, quase todas elas de teor crítico. É verdade que essa crítica se fundamenta, muitas vezes, em considerações de respeito: a denúncia categórica a um direito penal que distingue duas classes de seres humanos como uma violação à dignidade humana[61] fala a linguagem do respeito. Mas essa crítica por

61. SCHÜNEMANN. Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende. *GA*. p. 205 e ss. 2001 (211 s.); Feindstrafrecht ist kein Strafrecht! In: GRISBAUM (coord.). *Festschrift für Nehm*. 2006. p. 219 e ss. (226); MUÑOZ CONDE. *El derecho penal del enemigo*. México D. F., 2003. p. 28; ALBRECHT. Krieg gegen den terror. Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht. *ZStW* (117). p. 852 e ss. 2005 (854); GRACIA MARTÍN. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. *RECPC* (07-02). p. 38. 2005; ABANTO. El llamado Dercho penal de enemigo. Especial referencia al derecho penal economico. In: CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.). *Derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. I., S. 1 ff. p. 19 e ss.; ALLER, Germán. El derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto. In: CANCIO; GÓMEZ-JARA. *Derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. I. p. 79 e ss. e p. 90 e ss.; ARNOLD. Zum Geleit: Ende der Gespensterjagd und Beginn der wissenschaftlichen Debatte. In: UWER; ORGANISATIONSBÜRO (coords.). *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*. 2006. p. 13 e ss. (= Uwer/Organisationsbüro); DEMÉTRIO CRESPO. El derecho penal del enemigo darf *nicht sein*! Sobre la ilegitimidad del llamado derecho penal del enemigo y la idea de seguridad. In: CANCIO; GÓMEZ-JARA. *Derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. I. p. 473 e ss. (485); DONINI. El derecho penal frente al enemigo. In: CANCIO; GÓMEZ-JARA. *Derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. I. p. 603 e ss. e p. 638 e ss.; FEIJOO SÁNCHEZ. El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho. In: CANCIO; GÓMEZ-JARA. *Derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. I. p. 799 e ss. e p. 801-815), com a interessante objeção de que o conceito de pessoa de que parte Jakobs – que faz do *status* de pessoa uma *presumptio iuris tantum* e não *iuris et de iure* – não é suficientemente normative; GÖSSEL. Widerrede zum Feindstrafrecht. Über Menschen, Individuen und Rechtspersonen. In: HOYER; Mküller; PAWLIK; WOLTER (coords.). *Festschrift für Schroeder*. Heidelberg: C. F. Müller, 2006. p. 33 e ss. e p. 39 e ss.; GRACÍA MARTÍN. Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del derecho penal del enemigo. In: CANCIO; GÓMEZ-JARA. *Derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. I. p. 1051 e ss. e p. 1073 e ss.; GRECO. Acerca del llamado Derecho penal del enemigo.

vezes é acompanhada da ou mesmo diluída nas afirmações adicionais de que o direito penal do inimigo seria disfuncional,[62] desnecessário, por existirem alternativas,[63] incapaz de salvar o direito penal do cidadão,[64] desvinculado da

---

In: CANCIO; GÓMEZ-JARA. *Derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. I. p. 1081 e ss. e p. 1099; GROSSO GARCÍA. Qué es y qué puede ser el derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto. In: CANCIO; GÓMEZ-JARA. *Derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. II. p. 1 e ss e p. 47; KINDHÄUSER. Schuld und Strafe. Zur Diskussion um ein Feindstrafrecht. In: HOYER, Andreas (coord.). *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*. Heidelberg: C. F. Müller, 2006. p. 81 e ss. (98); DURÁN MIGLIARDI. El derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansion del derecho penal. In: CANCIO; GÓMEZ-JARA. *El derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. I. p. 725 e ss. (751); MODOLELL GONZÁLEZ. El derecho penal del enemigo: evolución (o ambigüedades?) del concepto y su justificación. In: CANCIO; GÓMEZ-JARA. *El derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. II. p. 321 e ss. (333); NEUMANN. Feindstrafrecht. In: UWER; ORGANISATIONSBÜRO. *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*. Berlin: Strafverteidigervereinigungen/Organisationsbüro, 2006. p. 299 e ss. e p. 309, 312 e ss.; SALIGER. Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept? *JZ*. p. 756 e ss. 2006 (762); SÁNCHEZ GARCÍA. Alternativas al Derecho penal del enemigo desde el derecho penal del ciudadano. In: CANCIO; GÓMEZ-JARA. *El derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. II. p. 845 e ss. (858); SCHNEIDER; MORGUET. Gefährliches Strafrecht. Zu den Grenzen avantguardistischer Strafrechtsdogmatik. In: UWER; ORGANISATIONSBÜRO. *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*. Berlin: Strafverteidigervereinigungen/Organisationsbüro, 2006. p. 335 e ss. (343); STRENG. Vom Zweckstrafrecht zum Feindstrafrecht cit., p. 227 e ss. (245); URQUIZO OLACHEA. Derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA, Carlos, (coords.). *El derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. II. p. 1031 e ss. e p. 1043, 1047 e ss.; YACOBUCCI. El dilema de la legalidad en el derecho penal. In: CANCIO; GÓMEZ-JARA. *El derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. II.

62. PASTOR. El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional. In: CANCIO; GÓMEZ-JARA. *El derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. II. p. 475 e ss. (507); KUNZ. Gefährliche Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung. In: J. ARNOLD (coord.). *Festschrift für Eser*. München: Beck, 2005. p. 1375 e ss. (1392).

63. SCHÜNEMANN. Die deutsche... cit., p. 212; PRITTWITZ. Derecho penal del enemigo: análisis crítico o programa del derecho penal? In: MIR PUIG; CORCOY BIDASOLO (coords.). *La política criminal en Europa*. Madrid: Atelier, 2003. p. 107 e ss. (118); GÖSSEL, op. cit., p. 50; em profundidade: SÁNCHEZ GARCÍA, op. cit., p. 858 e ss.

64. SCHULZ. Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum Feindstrafrecht. *ZStW* (112). p. 662. 2000. S. 653 ff.; Friktionen einer Fiktion. Jakobs Strafrecht für Feinde. In: UWER;

ideia de proteção de bens jurídicos,[65] fruto de uma concepção eficientista, mas na verdade meramente simbólica e ineficaz.[66] Nem sempre se nota que esses argumentos são considerações de conveniência, e não de respeito, de modo que se eles não forem claramente caracterizados como argumentos meramente adicionais, acabarão por transformar a recusa ao direito penal do inimigo em algo não mais categórico, como pretendem os críticos, e sim hipotético.

5. BALANÇO INTERMEDIÁRIO

Esse rápido levantamento permite que se formule uma observação e uma tese. A *observação* é de que todas essas barreiras ao exercício de poder pelo Estado, e que se podem considerar ao menos em parte constitutivas da tradição liberal – proibição de torturar, proibição da pena de morte, proibição de penas desproporcionais e cruéis, proibição de penalizar ações meramente privadas e de tratar uma classe de seres humanos como "animais selvagens"[67] – são tidas, predominantemente, como irrevisíveis, indisponíveis, categóricas. Ao mesmo tempo, o argumento com que se vem defendendo essas barreiras foi, ao longo

---

ORGANISATIONSBÜRO. *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*. Berlin: Strafverteidigervereinigungen/Organisationsbüro, 2006. p. 315 e ss. (320); KUNZ, op. cit., p. 1389; PRITTWITZ, op. cit., p. 119; JUNG. Wider die neue Straflust! *GA*. p. 724 e ss. 2006 (726); PASTOR, op. cit., p. 504; SALIGER, op. cit., p. 762. Similar, mas partindo da teoria sistêmica: GÓMEZ-JARA DIEZ. Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo. Sobre la necesaria autoorientación de la normatividad jurídico-penal. In: CANCIO; GÓMEZ-JARA. *El derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. II. p. 977 e ss. e p. 989 e ss.), para o qual um sistema não pode garantir seus próprios pressupostos, mas tem de pressupô-los.

65. ESER. Schlußbetrachtungen. In: ESER; HASSEMER; BURKHARDT (coords.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. München: Beck, 2000. p. 437 e ss. e p. 444 e s.; SCHÜNEMANN. Festschrift für Nehm... cit., p. 225; GONZÁLEZ CUSSAC. *Die Wiedergebut des autoritären Denkens im Schoße des Rechtsstaates*. Berlin: Lit Verlag, 2007. p. 47.

66. APONTE. *Krieg und Feindstrafrecht*. Baden Baden: Nomos, 2002. p. 20, 68 e ss., p. 122 e p. 329; Derecho penal del enemigo *vs.* derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad. In: CANCIO; GÓMEZ-JARA. *Derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. I. p. 163 e ss. e p. 165 e ss.; Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra. In: CANCIO; GÓMEZ-JARA. *Derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. I. p. 205 e ss. e p. 211 e ss.

67. JAKOBS. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*. Paderborn/München/Wien/Zürich: Schöningh, 2004. p. 41.

dos últimos 200 anos, não raro um argumento de conveniência, que está sujeito aos problemas da contingência, da ponderabilidade e do ponto cego, e que é, portanto, incapaz de justificar a pretensão de categoricidade dessas barreiras. E daí, creio que se pode derivar uma *tese*, qual seja: a de que a rejeição da tradição liberal à tortura, à pena de morte etc. não depende dos argumentos com que ela vem sendo predominantemente defendida, mas está fundada em outra ordem de razões, que nem sempre é explicitada. Essa outra ordem de razões é a que segue não mais a lógica da conveniência, com as "serpentinas ondulações da doutrina da felicidade",[68] e sim a rigorosa e categórica lógica do respeito. Três indagações, entretanto, insinuam-se.

6. TRÊS INDAGAÇÕES

6.1 Conveniência como racionalização

A primeira indagação é a de se o véu de crítica de que se revesteu a presente exposição não seria injustificado. Se a "orientação segundo consequências é uma parte da racionalidade moderna",[69] não seria, pelo contrário, de entender os argumentos acima expostos como *tentativas de racionalizar o exercício do poder*? Não seria um progresso que o poder não mais pretenda legitimar-se pela tradição ou por considerações transcendentes, mas sim que ele se veja forçado a comprovar os ganhos reais gerados por sua atuação?

Essa observação não é de todo errada, ela é apenas unilateral. De um lado, não se pode negar que a obtenção de ganhos e a prevenção de prejuízos – isto é, considerações de conveniência – têm seu peso e constituem um importante fator para determinar a racionalidade e também a moralidade de uma decisão. Tal ocorre já na vida cotidiana – o fato de que a criança ficará triste é já uma boa, ainda que não necessariamente conclusiva, razão para que o pai não lhe tome o picolé –, de modo que seria um tanto surpreendente se o atuar do Estado fosse de todo indiferente a elas. Mas o que não se pode admitir sem petição de princípio é que todas as razões que tenham algum peso se refiram a ganhos e prejuízos, noutras palavras, que só existam razões de conveniência, e que todas as considerações de respeito constituam, após uma análise mais rigorosa, considerações de conveniência, ainda que indiretas.[70] De qualquer forma,

68. KANT. Die Metaphysik der Sitten. In: WEISCHEDEL (coord.). *Werke*. Frankfurt, 1993. vol. VIII. A 197/B 226 (no original: "Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre").

69. HASSEMER. *Einführung in die...* cit., p. 285.

70. Sobre os argumentos de conveniência indireta cf. o próximo tópico.

quem estiver disposto a defender uma tal tese não pode mais falar no "indisponível no direito (ou no processo) penal".[71] Parece-me que o mais natural é recusar uma tal postura reducionista, que tenta reconduzir todo o mundo das razões a considerações de conveniência, como uma simplificação inadequada do mundo moral, e admitir que ele tenha lugar para pelo menos duas ordens de considerações.[72]

6.2 *Respeito como conveniência indireta*

A segunda indagação questionaria a existência dos três problemas acima diagnosticados (contingência, ponderabilidade e ponto cego), aludindo, principalmente, a *mecanismos indiretos de promoção de estados de coisas desejados*. O atendimento inflexível a certos imperativos não é um valor em si mesmo, e sim a melhor maneira de promover as finalidades desejadas. Dir-se-ia que a afirmativa de que há um ponto cego é uma *petitio principii* ou uma manifestação de fetichismo, que a ponderação ocorreria, sim, num momento inicial, em que essas barreiras que identificamos como constitutivas da tradição liberal são formuladas, mas não mais no plano de sua aplicação concreta, e que também a contingência estaria localizada nesse plano da formulação abstrata, e não se transportaria para o da aplicação concreta. Esse argumento pode apresentar a roupagem do utilitarismo ou consequencialismo de regras,[73] da distinção entre plano dos princípios, entendidos como mandatos de otimização de peso apenas *prima facie*, e plano das regras, que geram razões definitivas,[74] ou da distinção entre plano da moral crítica e da moral intuitiva,[75] ou ele simplesmente aparece como afirmativa empírica singular, a exemplo da menção à *slippery slope* no caso da tortura ou à desintegração no caso de penas desproporcionais.

---

71. Como faz: HASSEMER. Unverfügbares im Strafprozeß. In: A. Kaufmann et al (coords.). *Festschrift für Maihofer*. Frankfurt: Klostermann, 1988. p. 183 e ss.

72. A rigor, até para mais, como as referidas à virtude ou ao cuidado (care), mas isso não nos interessa por ora. Em favor da complexidade e heterogeneidade do mundo moral: LARMORE. *Patterns of moral complexity*. Cambrigde: Cambridige University Press, 1987. p. 132 e s.

73. Defendido mais recentemente por: HOOKER. *Ideal Code, real world, a rule-consequentialist theory of morality*. Oxford: Clarendonn Press, 2000.

74. ALEXY. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 75 e s. e p. 90 e s., com a reconstrução do categórico como algo inerente ao plano das regras, que decorre de uma ponderação ocorrida no plano anterior, dos princípios (p. 94 e ss.).

75. HARE. *Moral thinking*. Oxford: Clarendon Pr., 1981. p. 25 e ss.

O problema de todas essas estratégias é que elas não conseguem justificar de modo convincente a postulada impermeabilidade entre os dois planos, o da formulação geral das regras e o da sua aplicação individual. Concretamente: se é uma ponderação que justifica que se formule uma regra como a do art. 15, II, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, por que não ponderar, ao menos em certos casos atípicos, na hora de aplicar essa regra? Com que argumento se exigirá do aplicador, isto é, do policial ou do juiz, um *sacrifficium intelectus*, se ele está mais próximo da produção de consequências desejadas e do impedimento de consequências indesejadas do que aquele que formulou a regra? Mais: na maior parte dos casos, essas estratégias não conseguem nem mesmo explicar por que as regras têm o alcance com que a tradição liberal as formulou, por que elas muitas vezes não contêm quaisquer cláusulas flexibilizadoras ou um rol de exceções.

O que se percebe, pelo contrário, é uma atitude que se poderia chamar de *apriorização do empírico*: os defensores das barreiras acima mencionadas postulam, com uma convicção que por vezes não está justificada nem por investigações empíricas, nem pelo senso comum, um nexo causal de alcance geral ("a tortura é incontrolável"; "a pena de morte não intimida"; "penas desproporcionais desintegram"; "prisões desumanas dessocializam"), que eles não estão mais dispostos a submeter a qualquer revisão. Com o que se percebe que a conclusão a que se chega está sendo sustentada por uma consideração não mais de caráter empírico, de conveniência indireta, mas sim apriorístico, que deveria assumir-se publicamente como consideração de respeito.

6.3 A conveniência da conveniência

A terceira e talvez mais interessante indagação diz respeito ao porquê desse repetido apelo à conveniência presente nos textos da tradição liberal. Uma possível, primeira explicação seria a de que os autores que assim argumentam se enganaram, que não perceberam a lacuna de fundamentação existente entre conveniência e respeito, e que acreditavam na possibilidade de fundamentar algo categórico num dado meramente hipotético. Essa explicação talvez não seja de todo errônea, mas ela é, sobretudo, *arrogante*, porque a sua premissa básica é de que alguns dos mais geniais pensadores do direito penal, a quem a tradição liberal mais deve, não eram tão geniais assim. Uma segunda explicação seria menos arrogante, mas não mais plausível. Ao invés de atribuir um erro lógico a esses autores, se diria que eles sabiam bem o que estavam fazendo – que o enfraquecimento das considerações de respeito, tão logo elas são fundamentadas em conveniência, que a hipotetização do categórico, eram precisamente o que almejavam esses autores. Essa leitura mais crítica, vinculada espe-

cialmente a nomes como Adorno, Horkheimer,[76] Foucault[77] e, no direito penal, ao retributivista Naucke,[78] é implausível não apenas por seu caráter de teoria da conspiração, mas também por não conseguir explicar porque raramente se defendeu o enfraquecimento dessas barreiras. Concretamente: não se entende por que a maior parte dos que dizem que a pena de morte não intimida não se anima a defendê-la nos imagináveis casos em que ela pudesse intimidar, ou por que os que recusam a tortura alegando que ela não serve à busca da verdade ou que ela gera uma *slippery slope* ainda assim não querem admitir a tortura nem nos casos em que ela alcance a verdade e em que a *slippery slope* se pudesse excluir. Mas mais que implausível, essa tese contém uma séria acusação: a de que as barreiras da tradição liberal são mentiras e a de que os pensadores que as formularam são apologetas e lacaios do poder, e é portanto *ingrata* a certas cabeças a que tanto devemos. Por isso, a explicação que me parece mais plausível, e que não pode ser qualificada nem de arrogante, nem de ingrata, é a de que os argumentos de conveniência foram uma tentativa de expressar-se numa língua estrangeira, de traduzir ideias apreendidas por meio de intuições de respeito para a língua do poder. Porque a língua da conveniência é a língua da razão de Estado, é a língua do poder. Os pensadores liberais queriam conversar com o príncipe no idioma que ele compreende, e acreditaram que a melhor maneira de convencer o príncipe de que ele deve observar imperativos de respeito é demonstrando que ele ganha com isso – que o respeito compensa. Ou seja, eles tentaram resolver um problema não mais jurídico-moral, e sim político-psicológico, não mais de fundamentação, e sim de motivação. "Ma se dimostrerò non essere la morte né utile né necessaria, avrò vinto la causa dell'umanità".[79] Os autores liberais supuseram que só argumentos de utilidade e necessidade conseguem motivar o poder, que considerações de respeito à humanidade estão formulados numa língua que ele não entende.

---

76. HORKHEIMER; ADORNO. *Dialektik der Aufklärung*. 15. ed. Frankfurt a.M.: Fischer-Taschenbuch-Verl, 2004. p. 3, 5, 12 ("o Iluminismo é totalitário"), 15, 49, primeira publicação em 1944.

77. FOUCAULT. *Überwachen und Strafen, übersetzt von Seitter*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1976. p. 25, 95 e ss. e p. 103; no mesmo sentido também: G. WÄCHTER. *Strafrechtliche Aufklärung*. Frankfurt: Univ. Frankfurt Diss., 1987. p. 89 e ss. e p. 155 e ss.

78. NAUCKE. *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Baden-Baden: Nomos, 2000. p. IV e ss. e p. V e ss.; Fragen an Feuerbachs Staatsbegriff. *ARSP-Beiheft* (87). p. 41 e ss. e p. 43. 2003 ("desidealização"). Mais referências de outros autores de orientação similar em: GRECO. *Lebendiges und Totes*... cit., p. 325 e s.

79. BECCARIA, op. cit., § XXVIII.

7. A TAREFA

Com isso, parece que fica claro qual o caminho a seguir. A causa da humanidade é independente de considerações de utilidade e necessidade. Defendê-la com argumentos dessa ordem é torná-la contingente, ponderável, e, principalmente, fazê-la desaparecer por trás de considerações que lhe são externas. O caminho começa, assim, por uma estrita separação entre conveniência e respeito, entre o hipotético e o categórico, e o seu objetivo é tornar visíveis os vários pontos cegos que a argumentação de conveniência não permite enxergar. Nesses pontos cegos se encontram os verdadeiros fundamentos das mencionadas barreiras que compõem a tradição liberal, pois só eles explicam por que essas barreiras são entendidas como limites não contingentes e não ponderáveis. A dificuldade da tarefa é enorme, mas não pode ser qualificada de irrealizável. De certa maneira, ela se assemelha a um trabalho de autoanálise: os pontos de chegada já estão relativamente claros, a pergunta é, por que realmente os defendemos? Aqui será necessário superar preconceitos reducionistas sobre a natureza do racional e do científico. Ao lado da racionalidade instrumental da conveniência, é de se reconhecer a racionalidade deontológica do respeito; e o científico tem de ter espaço não apenas para proposições empíricas, como também para conhecimentos *apriori*.

Só quando se entender que o mal de crimes e penas sem lei não é que não se produz intimidação geral, e sim que a legalidade penal é uma componente de civilização do exercício do poder pelo Estado;[80] que o mal da tortura não está em que ela não descubra a verdade ou que ela seja incontrolável, e sim na negação do torturado como ser dotado de vontade;[81] que o mal da pena de morte não está em sua ineficácia preventiva, mas no fato de que o Estado que mata alguém que já está sob sua guarda não tem mais como alegar que exerce seu poder em nome desse alguém;[82] que o mal das penas desproporcionais e cruéis é sua injustiça e crueldade, e o de prisões desumanas a sua desumanidade; que o mal de incriminações moralistas não é a falta de um bem jurídico, e sim o desrespeito à privacidade e à autonomia dos cidadãos[83] – só então se terá reconstruído a tradição liberal como algo mais que uma

80. GRECO. *Lebendinges und Totes*... cit., p. 261 e ss. e p. 266 e s.

81. Idem, p. 186; mais extensamente, As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio". *RBCCrim* 78/7-40.

82. GRECO. *Lebendiges und Totes*... cit., p. 180 e ss.

83. GRECO. Was lässt das... cit., p. 237 e ss.; *Lebendiges und Totes*... cit., p. 351.

série de recomendações hipotéticas, a serem seguidas por um príncipe prudente, enquanto e na medida em que tal lhe convier; só então se fará justiça à autocompreensão dessa tradição, que proclama uma série de imperativos categóricos, obrigatórios para todo príncipe que pretenda ser mais do que um chefe de *magna latrocinia*.[84]

8. BIBLIOGRAFIA

ABANTO VASQUEZ, Manuel. El llamado dercho penal de enemigo. Especial referencia al derecho penal económico. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.). *Derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. I.

ACHENBACH, Hans. Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld. In: SCHÜNEMANN, Bernd (coord.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin/New York: De Gruyter, 1984.

ALBRECHT, Peter-Alexis. Krieg gegen den terror. Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht. *ZStW* (117). p. 852 e ss. 2005.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Prevención y garantías: Conflicto y síntesis. *Doxa* (25). p. 149 e ss. 2002.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

ALLER, Germán. El derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto. In: Cancio Meliá, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.). *Derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. I.

ALMENDINGEN, Ludwig Harscher von. *Darstellung der rechtlichen Imputation*. Gießen: Tasché & Müller, 1803.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Consideraciones sobre los fines de la pena in:el ordenamiento constitucional español*. Granada: Comares, 2001.

ANDENAES, John. General prevention – Illusion or reality? *Punishment and Deterrence*. p. 3 e ss. Michigan, 1974.

_____. *Punishment and deterrence*. Michigan: Univ. of Mich, 1974.

APONTE, Alejandro. Derecho penal del enemigo in Colombia: entre la paz y la guerra. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA, Carlos (coords.). *Derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006.

_____. Derecho penal del enemigo *vs.* derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; Gómez-Jara, Carlos (coords.). *Derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006.

84. SANTO AGOSTINHO. *Vom Gottesstaat*. Trad. Thimme. Zurich: Ed. Arthemis Verlag. vol. I. livro 4. cap. 4. p. 213.

_____. *Krieg und Feindstrafrecht*. Baden Baden: Nomos, 2002.

APPEL, Ivo. Rechtsgüterschutz durch Strafrecht?. *KritV* (82). p. 278 e ss. 1999.

_____. *Verfassung und Strafe*. Berlin: Duncker und Humblot, 1998.

ARNOLD, Jörg. Zum Geleit: Ende der Gespensterjagd und Beginn der wissenschaftlichen Debatte. In: UWER, Thomas (coord.). *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*. Berlin Strafverteidigervereinigungen/ Organisationsbüro, 2006.

ASHWORTH, Andrew. *Principles of criminal law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.

AUGUSTINUS, Aurelius. *Vom Gottesstaat*. Trad. Thimme. Zurich: Arthemis Verlag. 2007. libro 4. cap. 4. vol. I.

AZEVEDO MARQUES, João Benedito de. Sanção inconstitucional, inócua e cruel. In: _____ (coord.). *Reflexões sobre a pena de morte*. São Paulo: Cortez/Ordem dos Advogados do Brasil, 1993.

BAGGE, Karen. Die Anwendung der Todesstrafe in den USA. In: BOULANGER, Christian (coord.). *Zur Aktualität der Todesstrafe*. 2. ed. Berlin: Berlin-Verl Spitz, 2002.

BAILEY, William C. Deterrence, brutalization, and the death penalty: another examination of Oklahoma's return to capital punishment. *Criminology* (36). p. 711 e ss. 1998.

_____; PETERSON, Ruth D. Murder, capital punishment, and deterrence: a review of the literature. In: BEDAU, Hugo Adam (coord.). *The death penalty in America*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1997.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BATOCHIO, José Roberto. Pena de morte: a grande mentira. In: AZEVEDO MARQUES, João Benedito de (coord.). *Reflexões sobre a pena de morte*. São Paulo: Cortez/ Ordem dos Advogados do Brasil, 1993.

BAUER, Anton. *Die Warnungstheorie, nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien*. Göttingen, 1830.

_____. Versuch einer Berichtigung der Theorie des psychischen Zwanges. *NArchCrimR*. p. 429 e ss. 1827.

BAUMANN, Jürgen. Die Todesstrafe im System strafrechtlicher Sanktionen. *Weitere Schriften zur Strafrechtsreform*. p. 85 e ss. Bielefeld, 1969.

_____. *Weitere Schriften zur Strafrechtsreform*. Bielefeld: Gieseking, 1969.

BAURMANN, Michael. Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention. *GA*. p. 368 e ss. 1994.

BECCARIA, Cesare. Dei delitti e delle pene. In: FIRPO, Luigi (coord.). *Opere*. Milão, 1984. vol. I.

BEDAU, Hugo Adam. An abolitionist's survey of the death penalty in America today. In: _____; CASSELL, Paul G. (coords.). *Debating the death penalty*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

_____. *The rationale of punishment*. London: Thomson Gale, 1830.

BEYLEVELD, Deryck. *A bibliography on general deterrence research*. Northamptonshire: Ashgate, 1980.

BICUDO, Hélio. Contribuição ao debate da pena de norte. In: AZEVEDO MARQUES, João Benedito de (coord.). *Reflexões sobre a pena de morte*. São Paulo: Cortez/ Ordem dos Advogados do Brasil, 1993.

BLACK JR., Charles. *Capital punishment: the inevitability of caprice and mistake*. 2. ed. London/New York: Norton, 1981.

BOCKELMANN, Paul. Die rationalen Gründe gegen die Todesstrafe. In: MAURACH, Reinhart. *Die Frage der Todesstrafe. Zwölf Antworten*. München: Piper, 1962.

_____. Vom Sinn der Strafe. *Heidelberger Jahrbücher* (5). p. 25 e ss. 1961.

BOWERS, William J.; PIERCE, Glenn L. Arbitrariness and discrimination under post-furman capital statutes. *Crime & Delinquency* (26). p. 563 e ss. 1980.

_____; _____. Deterrence or brutalization: what is the effect of executions? *Crime & Delinquency* (26). p. 453 e ss. 1980.

BRIGHT, Stephen B. Counsel for the poor: the death sentence not for the worst crime but for the worst lawyer. In: BEDAU, Hugo Adam (coord.). *The death penalty in America*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1997.

_____. Why the United States will join the rest of the world in abandoning capital punishment. In: BEDAU, Adam; CASSELL, Paul (coords.). *Debating the death penalty*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BRUGGER, Winfried. Das andere Auge. Folter als zweitschlechteste Lösung. In: NITSCHKE, Peter (coord.). *Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat?: eine Verortung*. Bochum: Kamp, 2005.

_____. Darf der Staat ausnahmsweise foltern? *Der Staat* (35). p. 66 e ss. 1996.

_____. *Freiheit und Sicherheit*. Baden Baden: Nomos, 2004.

_____. Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter? *JZ* (4). p. 165 e ss. 2000.

CAMUS, Jean Pierre. Die Guillotine. Trad. Meister. In: KOESTLER, Arthur (coord.). *Die Rache ist mein*. Stuttgart: Battenberg, 1961.

CELLA, Johann Jakob. *Über Verbrechen und Strafe in Unzuchtfällen*. Saarbrücken, 1787.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español. Parte general*. Madrid: Tecnos, 2004. vol. I.

CLONINGER, Dale O.; MARCHESINI, Roberto. Execution and deterrence: a quasi-controlled group experiment. *Applied Economics* (33). p. 569 e ss. 2001.

COCHRAN, John; CHAMLIN, Mitchell. Deterrence and brutalization: the dual effects of executions. *Justice Quarterly* (17). p. 685 e ss. 2000.

CORREIA, Eduardo. La peine de mort. *Pena de morte*. Coimbra, 1967. vol. I.

DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo. El derecho penal del enemigo *darf nicht sein*! Sobre la ilegitimidad del llamado derecho penal del enemigo y la idea de seguridad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA, Carlos (coords.). *Derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. I.

DER PFORDTEN, LUDWIG VON. IST STAATLICHE FOLTER ALS FERNWIRKENDE NOTHILFE ETHISCH ERLAUBT? IN: LENZEN, WOLFANG (COORD.). *IST FOLTER ERLAUBT?* PADERBON: MENTIS, 2006.

DERSHOWITZ, Alan M. Tortured reasoning. In: LEVINSON, Sanford (coord.). *Torture. A collection*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2004.

_____. *Why terrorism works*. London/New Haven: Yale Univ. Press, 2002.

DOBROWOLSKI, Silvio. A pena de morte. In: CALHEIROS BONFIM, Benedito (coord.). *Pena de morte*. Rio de Janeiro, 1985.

DONINI, Massimo. El derecho penal frente al enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA, Carlos (coords.). *Derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. I.

DREHER, Eduard. *Für und wider die Todestrafe, en: Bemühungen um das Recht*. München, 1972.

DUBBER, Markus. Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie. *ZStW* (117). p. 485 e ss. 2005.

DURÁN MIGLIARDI, Mario. El derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas in: el contexto del debate sobre la modernización y expansión del derecho penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA, Carlos (coords.). *El derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. I.

EHRLICH, Avishai; JOHANNSEN, Margret. Folter im Dienste der Sicherheit? In: HASSE, Jana et al (coords.). *Menschenrechte*. Baden-Baden: Nomos, 2002.

EHRLICH, Isaac. The deterrent effect of capital punishment. *The American Economic Review* (65). p. 397 e ss. 1975.

ELLBOGEN, Klaus. Zur Unzulässigkeit der Folter (auch) im präventiven Bereich. *Jura*. p. 339 e ss. 2005.

ENGISCH, Karl. *Vom Weltbild des Juristen*. 2. ed. Heidelberg: Winter, 1965.

ERB, Volker. Folterverbot und notwehrrecht. In: LENZEN, Wolfang (coord.). *Ist Folter erlaubt?* Paderbor: Mentis, 2006.

_____. _____. In: NITSCHKE, Peter (coord.). *Rettungsfolter im modernen Rechtstaat?* Bochum: Kamp, 2005.

_____. Nothilfe durch folter. *Jura* (1). p. 24 e ss. 2005.

_____. Notwehr als menschenrecht. *NStZ* (11). p. 593 e ss. 2005.

ESER, Albin. Schlußbetrachtungen. In: ESER, Albin (coord.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. München: Beck, 2000.

ESPY, M. Watt. Capital punishment and deterrence. What the statistics cannot show. *Crime & Delinquency* (26). p. 537 e ss. 1980.

EWING, A. C. Armstrong on the retributive theory. *Mind* (72). p. 121 e ss. 1963.

EXNER, Franz. Deterrence: evidence and inference. *The Yale Law Journal* (85). p. 209 e ss. 1975.

_____. *Gerechtigkeit und Richteramt*. Leipzig: Meiner, 1992.

_____. Über Gerechtigkeit im Strafmass. *Gerechtigkeit und Richteramt*. Leipzig, 1922.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA, Carlos (coords.). *El derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. I.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Anti-Hobbes*. Gießen (reimpresión), 1967.

_____. Die Aufhebung der Folter in Baiern. *Themis, oder Beiträge zur Gesetzgebung*. Landshut, 1812.

_____. Ist Sicherung vor dem Verbrecher Zweck der Strafe und ist Strafrecht Präventionsrecht? *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde*. *BpRW*. p. 3 e ss. Teil I St. II. 1798.

_____. *Kritik des kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*. Giessen: Frankfurt (reimpresión), 1988. vol. I.

_____. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 14. ed. Giessen: Mittermaier, 1847.

_____. *Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverraths*. Erfurt, 1798.

_____. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Erfurt: Aalen (reimpresión), 1966. vol. I.

_____. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Chemnitz: Aalen (reimpresión), 1966. vol. II.

_____. *Ueber die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleydigung des Verbrechers. Nebst einer näheren Prüfung der kleinischen Strafrechtstheorie*. Chemnitz, 1800.

_____. Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft. Eine Antrittsrede. In: LÜDERSSEN, Klaus (coord.). *Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*. Frankfurt, 1968 (primera publicación en 1804).

FILANGIERI, Gaetano. *La Scienza della Legislazione*. Paris: Napoli, 2003 (reimpresión de la edición de Paris, 1853; primera publicación en 1780).

FOUCAULT, Michel. *Überwachen und Strafen*. Trad. Seitter. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1976.

FREISLER, Roland. Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers? Fesselung des Verbrechers oder des Richters?. *DStR*. p. 1 e ss. 1935.

_____. Gedanken zur Technik des werdenden Strafrechts und seiner Tatbestände. *ZStW* (55). p. 503 e ss. 1936

FRIEDRICH II. Über die Gründe, Gesetze einzuführen oder abzuschaffen. In: VOLZ, Gustav (coord.). *Die Werke Friedrichs des Großen in deutscher Übersetzung*. Trad. Oppeln-Bronowski. Berlin: Reimar-Hobbing, 1749.

FRISCH, Wolfang. An den Grenzen des Strafrechts. In: KÜPER, Winfied (coord.). *Festschrift für Stree und Wessels*. Heidelberg: Müller, 1993.

GARCÍA VALDÉS, Carlos. Pena capital. Estado actual de la cuestión. In: GARCÍA Valdés, Carlos (coord.). *Temas de derecho penal. Penología, parte especial, proyectos de reforma*. Madrid: Facultad de Derecho. Universidad Complutense Madrid. Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia, 1992.

GEBAUER, Peer. Zur Grundlage des absoluten Folterverbots. *NVwZ*. p. 1405 e ss. 2004.

GERBER, Rudolph J. Economic and Historical Implications for Capital Punishment Deterrence. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* (18). p. 437 e ss. 2004.

GLOBIG, Hans Ernst; HUSTER, Johann Georg. *Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung*, Zürich: Füszli, 1783.

GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo. Sobre la necesaria autoorientación de la normatividad jurídico-penal. In: _____; CANCIO MELIÁ, Manuel. *El derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. II.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Feindstrafrecht. Die Wiedergebut des autoritären Denkens im Schoße des Rechtsstaates. Berlin: Lit Verlag, 2007.

GÖSSEL, Karl Heinz. Widerrede zum Feindstrafrecht. Über Menschen, Individuen und Rechtspersonen. In: HOYER, Andreas (coord.). Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder. Heidelberg: C. F. Müller, 2006.

GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. RECPC (07-02). p. 38 e ss. 2005.

_____. Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA, Carlos (coords.). El derecho penal del enemigo. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. I.

GRECO, Luís. Acerca del llamado derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ JARA, Carlos (coords.). El derecho penal del enemigo. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. I.

_____. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 78. p. 7-40. São Paulo: Ed. RT, 2009.

_____. Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura in: los grupos de casos de las *ticking time bombs*. InDret. n. 4. 27.04.2007. Disponível em: [www.indret.com].

_____. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*. Berlin: Duncker & Humblodt, 2009.

_____. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 49. p. 89-147. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2004.

_____. Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? *ZIS*. p. 234 e ss. 2008.

GREGORI, Maria Stella; KAHN, Tulio. A volta de um velho debate. In: AZEVEDO MARQUES, João Benedito de (coord.). *Reflexões sobre a pena de morte*. São Paulo: Cortez/Ordem dos Advogados do Brasil, 1993.

GROLMAN, Karl. *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*. Gießen: Glashütten im Taunus (reimpresión), 1970.

GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. Qué es y qué puede ser el Derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA, Carlos (coords.). *El derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. I.

GÜNTHER, Klaus. Darf der Staat foltern, um Menschenleben zu retten? In: BEESTERMÖLLER, Gerhard (coord.). *Rückkehr der Folter*. München: Beck, 2006.

GUSY, Cristoph. Christian Thomasius: Über die Folter (1705). *NJW* (5). p. 239 e ss. 2005.

HARE, Rirchard Mervyn. *Moral thinking*. Oxford: Clarendon Pr., 1981.

HART-HONIG, Kai. *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2. ed. München: Beck, 1990.

_____. Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts. *ZRP*. p. 378 e ss. 1992.

_____. Sicherheit durch Strafrecht. *StV*. p. 321 e ss. 2006.

_____. Unverfügbares im Strafprozeß. In: KAUFMANN, A. e outros (coords.). *Festschrift für Werner Maihofer*. Frankfurt: Klostermann, 1998.

_____. Variationen der positiven Generalprävention. In: SCHÜNEMANN, Bernd; ASHWORTH, Andrew (coords.). *Positive Generalprävention*. Heidelberg: C.F. Müller, 1998.

HAURAND, Günter; VAHLE, Jürgend. Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungsfällen. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (22). p. 514 e ss. 2003.

HEFENDEHL, Roland. Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts. *GA* 2007. p. 1 e ss. 2004.

HENKE, Edward. *Grundriß einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts und der peinlichen Rechtswissenschaft*. Sulzbach, 1809. vol. II.

HENKEL, Heinrich. *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*. Hamburg, 1933.

HEPP, Carl Theodor. *Kritische Darstellung der Strafrechts-Theorien*. Heidelberg, 1829.

HERZBERG, Rolf Dietrich. Folter und Menschenwürde. *JZ* (7). p. 321 ss. 2005.

HOMMEL, Karl Ferdinand. *Philosophische Gedanken über das Criminalrecht*. Hildesheim/Zürich/New York: Olms-Weidmann, 1998.

HOOD, Roger. *Der Rechtsstaat im Zwielicht*. München: Beck, 2002.

_____. Die Todesstrafe: Globale Perspektiven. In: BOULANGE, Christian R (coord.). *Zur Aktualität der Todesstrafe*. 2. ed. Berlin: Berlin-Verl/Spitz, 2002.

HOOKER, Brad. *Ideal Code, real world, a rule-consequentialist theory of morality*. Oxford: Clarendonn Press, 2000.

HORKHEIMER, Max; W. ADORNO, Theodor. *Dialektik der Aufklärung*. 15. ed. Frankfurt a.M.: Fischer-Taschenbuch-Verl, 2004.

HUNGRIA, Nélson. Sobre a pena de norte. In: CALHEIROS BONFIM, Benedito (coord.). *Pena de morte*. Rio de Janeiro, 1985.

JAKOBS, Günther. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*. Paderborn/München/Wien/Zürich: Schöningh, 2004.

_____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2. ed. Berlin/New York, 1991.

JEROUSCHECK, Günter. Gefahrenabwendungsfolter – Rechtsstaatliches Tabu oder polizeirechtlich legitimierter Zwangseinsatz? *JuS* (4). p. 296 e ss. 2005.

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

JOERDEN, Jan C. Über ein vermeintliches Recht (des Staates), aus Menschenliebe zu foltern. *Jahrbuch für Recht und Ethik* (13). p. 495 e ss. 2005.

JULIUS, Nikolaus Heinrich. *Vorlesung über die Gefängniß-Kunde*. Berlin, 1828.

JUNG, Heike. Wider die neue Straflust!. *GA*. p. 724 e ss. 2006.

KANT, Immanuel. Die Metaphysik der Sitten. In: WEISCHEDEL, Wilhem (coord.). *Werke*. Frankfurt, 1993. vol. VIII. A 197/B 226.

_____. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. In: WEISCHEDEL, Wilhem (coord.). *Kritik der praktischen Vernunft; Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Kants*. Frankfurt: 1968. vol. VII (primera publicación en 1785).

KAUFMAN, Armin N. *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*. Köln: Heymann, 1982.

KAUFMANN, Arthur; FEUERBACH, P. J. A. In: GESELLSCHAFT, Görres (coord.). *Staatslexikon*. Freiburg, 1959. vol. III.

KELLER, Dieter. *Die Todesstrafe in kritischer Sicht*. Berlin: De Gruyter, 1968.

KINDHÄUSER, Urs. Personalität, Schuld und Vergeltung. *GA*. p. 493 e ss. 1989.

_____. Schuld und Strafe. Zur Diskussion um ein Feindstrafrecht. In: HOYER, Andreas (coord.). *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*. Heidelberg: C. F. Müller, 2006.

KOESTLER, Arthur. Die Rache ist mein. Trad. Battenberg. In: _____ (coord.). *Die Rache ist mein*. Stuttgart: Battenberg, 1961.

KORIATH, Heinz. Zum Streit um die positive Generalprävention. In: RADTKE, Henning e outros (coords.). *Muss Strafe sein?* Baden-Baden: Nomos, 2004.

KREMNITZER, Mordechai. The Landau Commission Report. *Israel Law Review* (23). p. 216 e ss. 1989.

KRETSCHMER, Bernhard. Folter in Deutschland. *Recht und Politik*. p. 102 e ss. 2003.

KREUZER, Arthur. Zur Not ein bisschen Folter? In: NITSCHKE, Peter (coord.). *Rettungsfolter im modernen Rechtstaat?* Bochum: Kamp, 2005.

KREY, Volker. *Keine Strafe ohne Gesetz*. Berlin/New York: De Gruyter, 1983.

KUNZ, Karl-Ludwig. Gefährliche Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung. In: ARNOLD, Jörg (coord.). *Festschrift für Albin Eser*. München: Beck, 2005.

_____. Prävention und gerechte Zurechnung. *ZStW* (98). p. 823 e ss. 1986.

KÜPER, Wilfried. *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*. Berlin: De Gruyter, 1967.

LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Tübingen: Mohr, 1996.

LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de. *Discurso sobre las penas*. Granada: Comares, 1997.

LARMORE, Charles E. *Patterns of moral complexity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

LAYSON, Stephen K. Homicide and deterrence: a reexamination of the united states time series evidence. *Southern Economic Journal* (52). p. 68 e ss. 1985.

LEVINSON, Sanford. "Precommitment" and "postcommitment": the ban on torture in the wake of september 11. *Texas Law Review* (81). p. 2013 e ss. 2003.

LIEPMANN, Moritz. Gutachten über die Frage. Ist die Todesstrafe im künftigen deutschen und österreichischen Strafgesetzbuch beizubehalten? *Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages*. vol. II. p. 572 e ss. Berlin, 1921.

LOHMANN, Georg. Überlegungen zur Todesstrafe aus philosophischer Sicht. In: BOULANGER, Christian (coord.). *Zur Aktualität der Todesstrafe*. 2. ed. Berlin: Berlin-Verl. Spitz, 2002.

LÜDERSSEN, Klaus; FEUERBACH, Paul Johann Anselm V. In: ERLER; KAUFMANN (coords.). *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 1971. vol. I.

MARTIS, Roderich. *Die Funktionen der Todesstrafe: eine kritische Analyse zur Realität der Todesstrafe in der Gegenwart*. Bonn: Forum-Verl. Godesberg, 1991.

MAURACH, Reinhart. Juristische Argumente gegen die Todesstrafe. In: DORFMÜLLER, Martin (part.). *Todesstrafe? Theologische und juristische Argumente*. Stuttgart: Kreuz-Verl, 1960.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 7. ed. Barcelona, 2005.

_____. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo/Buenos Aires, 2003.

MITRA, Amit. Capital punishment in the indian sub-continent. *Revue Internationale de Droit Pénal* (58). p. 451 e ss. 1987.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Ueber die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts in Lehr- und Strafgesetzbüchern*. Bonn, 1819.

MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis. El derecho penal del enemigo: evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA, Carlos (coords.). *El derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. II.

MOHNHAUPT, Heinz; FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. In: STOLLEIS, Michael (coord.). *Juristen. Ein biographisches Lexikon*. München, 1995.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. La ponderación de intereses in situaciones de necesidad extrema: es justificable la tortura? In: CUERDA RIEZU, Antonio (coord.). *La respuesta del derecho ante los nuevos retos*. Madrid: Dykinson, 2006.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Oeuvres completes*. Paris: Seuil, 1748.

MOOS, Reinhard. Positive Generalprävention und Vergeltung. In: MELNIZKY, Walter; MÜLLER, Otto F. (coords.). *Festschrift für Pallin*. Wien: Manz, 1989.

MORGAN, Rod. The utilitarian justification of torture. *Punishment and Society* (2). p. 181 e ss. 2000.

MÜLLER-DIETZ, Heinz. Integrationsprävention und Strafrecht. In: VOGLER, Theo (coord.). *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985. vol. I.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *El derecho penal del enemigo*. México D. F., 2003.

NATHANSON, Stephen. Does it matter if the death penalty is arbitrarily administered? *Philosophy & Public Affairs* (14). p. 149 e ss. 1985.

NAUCKE, Wolfang. Fragen an Feuerbachs Staatsbegriff. *ARSP-Beiheft* (87). p. 41 e ss. 2003.

_____. *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Baden-Baden: Nomos, 2000.

NEUMANN, Ulfried. Feindstrafrecht. In: UWER, Thomas (coord.). *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*. Berlin: Strafverteidigervereinigungen/ Organisationsbüro, 2006.

NOWAKOWSKI, Friedrich. Die Todesstrafe in Österreich. In: KOESTLER, Arthur (coord.). *Die Rache ist mein*. Stuttgart: Battenberg, 1961.

OBERMAIER, George M. *Anleitung zur vollkommenen Besserung der Verbrecher in den Straf-Anstalten*. Kaiserslauten, 1835.

OERSTED, Von A. S. *Ueber die Grundregeln der Strafgesetzgebung*. Kopenhagen: Gyldendal, 1818.

ORTIZ URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del derecho y política criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminologia*. 2. época. n. extraordinario 2. p. 31 e ss. 2004.

PASTOR, Daniel R. El derecho penal del enemigo in: el espejo del poder punitivo internacional. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA, Carlos (coords.). *El derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. II.

_____. *El poder penal internacional*. Barcelona: Atelier, 2006.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Introducción al derecho penal*. Lima, 2008.

POSCHER, Ralf. Menschenwürde als Tabu. In: BEESTERMÖLLER, Gerhard (coord.). *Rückkehr der Folter*. München: Beck, 2006.

PRITTWITZ, Cornelius. Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? *Ultima ratio*?. In: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (coord.). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt, 1995.

_____. Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del derecho penal?. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (coords.). *La política criminal in: Europa*. Madrid: Atelier, 2003.

RADBRUCH, Gustav. Das Ende der Todesstrafe. In: WASSERMANN, Rudolph. *Gesamtausgabe*. Heidelberg, 1992. vol. 9. (primera publicación en 1928).

_____. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 7. e 8. ed. Leipzig: Quelle & Meyer, 1929.

_____. Zur Todesstrafe. In: WASSERMANN, Rudolph. *Gesamtausgabe*. Heidelberg, 1992. vol. 9 (primera publicación en 1928).

RAESS, Markuss. *Der Schutz vor Folter im Völkerrecht*. Zürich: Schulthess/ Polygraphischer Verl., 1929.

REIMAN, Jeffrey H. Justice, civilization, and the death penalty: answering van den haag. *Philosophy & Public Affairs* (14). p. 115 e ss. 1985.

RÖDER, Karl David August. *Zur Rechtsbegründung der Besserungsstrafe*. Heidelberg, 1850.

_____. Zur Verständigung über das Verhältnis der Einzelhaft zur Strafgesetzgebung. *NarchCrimR*.p. 412 e ss. 1850.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*. 3. ed. Heidelberg: Müller/Jur. Verl, 1994.

_____. Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein? In: ARNOLD, Jörg. *Festschrift für Albin Eser*. München: Beck, 2005.

_____. Rettungsfolter? In: GRIESBAUM, Rainer. *Festschrift für Kay Nehm*. Berlin: Berliner Wiss., 2006.

_____. Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts? In: HEFENDEHL, Roland (coord.). *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*. Köln/Berlin/München: Heymann, 2005.

_____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 4. ed. München: Beck, 2005. vol. I.

SALIGER, Frank. Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept? *JZ*. 756 e ss. 2006.

SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, Isabel. Alternativas al derecho penal del enemigo desde el Derecho penal del ciudadano. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA, Carlos, (coords.). *El derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. II.

SANTO AGOSTINHO. *Vom Gottesstaat*. Trad. Thimme. Zurich: Ed. Arthemis Verlag. vol. I. livro 4. cap. 4.

SCHAFFSTEIN, Friedrich. Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht. In: JURISTENFAKULTÄT, Leipziger (coord.). *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Richard Schmidt*. 1963.

SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. 3. ed. Göttingen, 1965.

SCHNEIDER, Hendrik; MORGUET, Geraldine. Gefährliches Strafrecht. Zu den Grenzen avantguardistischer Strafrechtsdogmatik. In: UWER, Thomas (coord.). *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*. Berlin: Strafverteidigervereinigungen/Organisationsbüro, 2006.

SCHULZ, Lorenz. Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum Feindstrafrecht. *ZStW* (112). p. 653 e ss. 2000.

_____. Friktionen einer Fiktion. Jakobs Strafrecht für Feinde. In: UWER, Thomas (coord.). *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*. Berlin: Strafverteidigervereinigungen/Organisationsbüro, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation. In: HEFENDEHL, Roland (coord.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003.

_____. Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende. *GA*. p. 205 e ss. 2001.

_____. Feindstrafrecht ist kein Strafrecht! In: GRISBAUM, Ranier (coord.). *Festschrift für Nehm*. Berlin: Berliner Wiss. V., 2006.

SHEPHERD, Joanna M. Deterrence *versus* brutalization: capital punishment's differing impacts among States. *Michigan Law Review* (104). p. 203 e ss. 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Eficiencia y derecho penal. *ADPCP* (49). p. 93 e ss. 1996.

SPANGENBERG, Ernst. *Ueber die sittliche und bürgerliche Besserung der Verbrecher, mittelst des Pönitentiärsystems, als den einzigen zulässigen Zweck jeder Strafe.* Landshut, 1821.

STEINHOFF, Susanne. Warum Folter manchmal moralisch erlaubt, ihre Institutionalisierung durch Folterbefehle aber moralisch unzulässig ist. In: LENZEN, Wolfang. *Ist Folter erlaubt?* Paderborn: Mentis, 2006.

STEVENSON, Bryan. Close to death: reflections on race and capital punishment in America. In: BEDAU, Hugo Adam; CASSELL, Paul (coords.). *Debating the Death Penalty*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

STIGLER, George. The optimum enforcement of laws. In: BECKER, Gary Stanley (coord.). *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. New York/London: Columbia University Press, 1974.

STRATENWERTH, Günter. Juristische Erwägungen zur Todesstrafe. In: AA.VV. *Nein zur Todesstrafe. Ein Podium von Amnesty International*. Basel: Friedrich Reinhardt Verlag, 1978.

_____. Zum Begriff des Rechtsgutes. In: ESER, Albin (coord.). *Festschrift für Lenckner*. München: Beck, 1998.

_____ ; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Köln/Berlin/München: Stämpfli, 2004.

STRENG, Franz. Schuld ohne Freiheit? *ZStW* (101). p. 273 e ss. 1989

_____. Vom Zweckstrafrecht zum Feindstrafrecht. In: UWER, Thomas (coord.). *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*, Strafverteidigervereinigungen. Berlin: Organisationsbüro, 2006.

THIBAUT, Anton Friedrich Justus. *Beyträge zur Critik der Feuerbachischen Theorie über die Grundbegriffe des peinlichen Rechts*. Hamburg, 1802.

TORGA, Miguel. Pena de norte. In: CALHEIROS BONFIM, Benedito (coord.). *Pena de morte*. Rio de Janeiro, 1995.

URQUIZO OLACHEA, José. Derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA, Carlos, (coords.). *El derecho penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. II.

VOGEL, Joachim. Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *StV* (2). p. 110 e ss. 1996.

VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Berlin/Heidelberg: Springer, 2009.

WÄCHTER, Gerd H. *Strafrechtliche Aufklärung*. Frankfurt: Univ. Frankfurt. Diss., 1987.

WELSCH, Norbert. Die Wiederkehr der Folter als das letzte Verteidigungsmittel des Rechtsstaates? *BayVBl.* p. 481 e ss. 2003.

WITTRECK, Fabian. Achtungs-gegen Schutzpflicht? Zur Diskussion und Menschenwürde und Folterverbot. In: BLASCHK, Ulrich e outros (coords.). *Sicherheit statt Freiheit?* Berlin: Duncker & Humblodt, 2005.

_____. Menschenwürde als Foltererlaubnis? In: GEHL, Günter (coord.). *Folter – Zulässiges Instrument im Rechtsstaat?* Weimar: Bertuch, 2005.

_____. Menschenwürde und Folterverbot. *DöV.* p. 873 e ss. 2003.

YACOBUCCI, Guillermo. El dilema de la legalidad in: el derecho penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA, Carlos, (coords.). *El derecho penal del enemigo.* Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006. vol. II.

ZELLER, Carl August. *Grundriß der Strafanstalt, die als Erziehungsanstalt bessern will*, Tübingen: Stuttgart, 1824.

ZIEGLER, Ole. Das Folterverbot in der polizeilichen Praxis. *KritV.* p. 50 e ss. 2004.

ZVEKIC, Ugljesa; KUBO, Takashi. Main trends in research on capital punishment – 1979-1986. *Revue Internationale de Droit Pénal* (58). p. 533 e ss. 1987.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A evolução da sanção penal, de Cristiano Álvares Valladares do Lago – *RT* 792/477;
- Beccaria e o pensamento jurídico-criminal, de Guilherme Costa Câmara – *RBCCrim* 44/301;
- Direito penal e direitos humanos: uma história de paradigmas e paradoxos, de Marcelo Semer – *RCCrim* 69/95;
- O princípio de legalidade no moderno direito penal, de Lycurgo de Castro Santos – *RBCCrim* 15/182;
- Princípios penais constitucionais: o sistema das constantes constitucionais, de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes – *RT* 779/417; e
- Rediscutindo os fins da pena, de Renato Flávio Marcão e Bruno Marcon – *RT* 786/531.

PENA, BEM JURÍDICO-PENAL E PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

3

Sentence, criminal legal interest and protection of legal interests

URS KINDHÄUSER

Professor Dr. Dres. h.c. Universidade de Bonn, Alemanha.

Traduzido por BEATRIZ CORRÊA CAMARGO

Mestre em Direito Penal pela Universidade de Bonn. Doutoranda em Direito Penal pela USP. Bolsista Capes e DAAD.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: No texto, o autor questiona a proteção de bens jurídicos como única tarefa perseguida pelo direito penal e, por conseguinte, como critério imediato de legitimação da pena.
Conclui que esse ramo do direito legitima-se, primariamente, pela proteção de um nível suficiente de motivação fiel ao direito, fundamentada na realização dos princípios de uma justiça retributiva, dando novos contornos à teoria da prevenção geral positiva. Secundariamente, o direito penal legitimar-se-ia pela proteção de bens jurídicos limitada pela racionalidade da norma de comportamento com relação aos fins, pelo benefício social-pragmático capaz de ser atingido pela mesma, e por sua utilidade distributiva.

ABSTRACT: In the text, the author questions the protection of legal interests as the single task pursued by criminal law and therefore as the closest criterion of legitimacy of the criminal sentence. The author concludes that this branch of law is primarily legitimized by the protection of a sufficient level of faithful motivation towards Law, based on the carrying out of the principles of retributive justice, giving new shape to the theory of positive general prevention. Then, criminal law would be justified by the protection of legal interests and limited by behavioral norm rationality in relation to its purpose and by the potentially achievable social-pragmatic benefit, and by its distributive usefulness.

PALAVRAS-CHAVE: Teorias da pena - Finalidade do direito penal - Proteção de bens jurídicos - Fins da pena - Prevenção geral positiva - Normas de sanção - Normas de comportamento.

KEYWORDS: Theories of punishment - Purpose of criminal law - Protection of legal interests - Purpose of sentencing - Positive general prevention - Sentence norms - Behavioral norms.

I

1. De acordo com o princípio da *ultima ratio*,[NT1] a pena é uma reação estatal, cujo emprego somente se faz legítimo quando outros meios fracassam. Sua finalidade, em virtude da qual a eficiência dos meios à disposição é avaliada, é, conforme a opinião geral, a proteção de bens jurídicos. Essa concepção, entretanto, restringe de maneira arbitrária a definição das tarefas do direito penal e dificulta, por conta dessa restrição, uma justificativa racional da pena. A minha tese, que deverá ser fundamentada a seguir, em linhas gerais somente, é que a pena serve e pode servir apenas de forma mediata à proteção de bens jurídicos. O objeto imediato da proteção jurídico-penal é o bem jurídico-penal,[1] isto é, um nível suficiente de motivação fiel ao direito. A proteção de bens jurídicos é promovida pelo bem jurídico-penal na medida em que o ponto de referência da motivação é o reconhecimento tornado efetivo por meio da ação das normas que protegem bens jurídicos.

Se a pena puder realmente ser legitimada (de forma imediata) pela garantia do bem jurídico-penal, então não apenas o mal da pena, como também a reprovação ético-jurídica constitutiva do conceito de pena estarão legitimados. É legítimo somente o que é justo, de tal sorte que tanto o mal da pena quanto a reprovação jurídico-penal devam ser imperativos de uma justiça retributiva. A legitimação da pena baseia-se, em outras palavras, em uma concepção de justiça (criminal-)política passível de ser fundamentada racionalmente.

NT1. Nota do Tradutor: Texto publicado originalmente como Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz. In: LÜDERSSEN, Klaus; NESTLER-TREMEL, Cornelius; WEIGEND, Ewa (orgs.). *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*. Peter Lang: Frankfurt am Main, 1990. p. 29 e ss. Proferido pelo autor em palestras no ano de 2011 na Universidade de São Paulo, Faculdades de Direito de São Paulo e Ribeirão Preto.

1. Acerca do conceito de bem jurídico-penal, cf. JAKOBS, *Strafrecht AT*, 1983. p. 27 e ss. O bem jurídico-penal, por sua vez, pode ser compreendido como um bem jurídico que é protegido pela norma do crime de embriaguez completa voluntária (§ 323a, StGB – Código Penal alemão). Nesse sentido, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989. p. 325 e ss.

2. A tese da proteção apenas indireta de bens jurídicos pela pena – i.e., por intermédio da proteção do bem jurídico-penal – implica a pressuposição de que, entre a norma de sanção, que determina as condições de punibilidade, e a norma de comportamento, que promove a proteção de bens jurídicos, inexiste qualquer harmonia preestabelecida, muito menos qualquer identidade. Nessa medida, até mesmo um comportamento que proteja o bem jurídico pode vir a ser punível, como demonstra o seguinte exemplo: uma mulher planeja matar seu marido doente ministrando-lhe um remédio para tosse em vez do remédio para o coração prescrito pelo médico; em seu nervosismo, porém, ela confunde os remédios e dá ao esposo o remédio para o coração, que lhe salva a vida. Que a esposa deva ser punida por tentativa de homicídio é algo que – conforme o direito positivo vigente – está fora de dúvida. Fora de dúvida está igualmente, no entanto, que a punibilidade do comportamento não pode ser fundamentada sob o aspecto de seu caráter lesivo ao bem jurídico. A esposa fez exatamente aquilo que era necessário para a conservação do bem jurídico e, portanto, exigido para a sua proteção imediata.

Se o exemplo foi satisfatoriamente esclarecido, temos que norma de sanção e norma de comportamento têm de ser distintas quanto à sua finalidade e ao seu conteúdo. Aqui nem mesmo a subjetivização da norma de comportamento permite congruência. Pois até se pode dizer que não o matar, mas a vontade de matar é que constitui o objeto da matéria de proibição.[2] Entretanto, justamente nessa hipótese a proibição não seria resultado da proteção de bens jurídicos. Afinal, mesmo a conduta capaz de proteger o bem jurídico poderia ser proibida quando, como ocorre no caso mencionado, estivesse motivada pela finalidade de lesão.

Pena e proteção de bens jurídicos relacionam-se entre si apenas indiretamente, portanto. Por meio da ideia de proteção a bens jurídicos são justificadas as normas de comportamento, as quais podem se dirigir a todos indistintamente ou a círculos específicos de destinatários; elas determinam quais formas de comportamento *sub specie* proteção de bens jurídicos são erradas e, portanto, proibidas, vale dizer, quais são corretas e, portanto, impostas. A essas normas de comportamento referem-se as normas de sanção. Estas estabelecem em que medida o destinatário da norma, sob o aspecto do seu *poder-ser* está vinculado ao *dever-ser*, enquanto determinam sob quais condições é contrário ao dever e

2. Sobre tal concepção cf. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973. p. 79 e ss. e passim. A respeito da circularidade dessa visão vide KUTSCHERA, *Grundlagen der Ethik*, 1982. p. 78 e ss.

não apenas escusável[3] não se ter reconhecido a norma de comportamento efetivamente por meio da ação como motivo vinculante.[4] E esse é especificamente o caso quando o comportamento expressa um desvio relevante com relação ao nível protegido de motivação suficientemente fiel ao direito.

Para esclarecer a questão a partir do exemplo dado: a esposa teria que omitir a entrega do remédio para tosse no lugar do remédio para o coração ao seu marido, se a proibição de matar (e ao mesmo tempo a obrigação de conservação da vida) fosse o motivo prevalecente de sua conduta. Como ela prefere o seu motivo pessoal – juridicamente inaceitável – em detrimento da própria norma como razão para sua ação, ela declara que a proibição de matar não lhe vincula e não reconhece com isso – apesar da conformidade objetiva com a norma – a validade da proibição de matar.[5] Aqui inexiste contradição valorativa entre norma de comportamento e norma de sanção; ambas possuem níveis de referência distintos. Objeto da norma de comportamento é a apreciação do comportamento da esposa *sub specie* proteção de bens jurídicos. O objeto da norma de sanção é a valoração da motivação *sub specie* bem jurídico-penal.

Se, em razão das reflexões anteriores, é correto que o nível de referência da pena não é a proteção (imediata) de bens jurídicos, mas o reconhecimento da norma de comportamento que objetiva a proteção de bens jurídicos, então cabe indagar até que ponto a pena pode oferecer essa garantia de vigência.

II

1. Os problemas que cada uma das teorias da pena suscita são bem conhecidos.[6] Uma teoria da retribuição segundo o *ius talionis* e referida à lesão causada ao bem jurídico por meio do delito teria que concluir, diante da falta de lesão, pela não punibilidade da esposa no exemplo mencionado. As dificuldades das teorias da prevenção, por sua vez, consistem na necessidade de integrar o caráter repressivo e reativo da pena dentro de um conceito estratégico de prevenção de crimes orientado ao futuro. Isso pode ser plausível em alguns casos

3. Para um desenvolvimento completo a esse respeito, KINDHÄUSER, op. cit., p. 29 e ss.

4. De acordo com essa interpretação, as normas de comportamento são compreendidas como razões obrigatórias para a ação. Cf. também RAZ, *Practical reason and norm*, 1975. p. 15 e ss. A composição do dever, ao contrário disso, diz respeito à norma de sanção.

5. A problemática do comportamento culposo no caso fica fora de análise.

6. Cf. simplesmente, NAUCKE, *Strafrecht*. 5. ed., 1987. p. 43 e ss.

específicos, mas nunca de maneira abrangente; contra exemplos são fáceis de construir. Suponha-se apenas que o plano da esposa tenha êxito. Prevenção especial aqui mal seria necessária; o caso é único e a autora não está prestes a se tornar uma assassina em série. A prevenção geral por meio de intimidação é obrigada a reconhecer em cada distribuição de pena a própria inefetividade no caso concreto e com isso não consegue oferecer nenhuma razão que explique por que ela deveria funcionar futuramente em casos semelhantes. Ademais, sobre a prevenção geral negativa recai a crítica de Kant, segundo a qual o autor, utilizado como meio para um fim, é privado de sua dignidade humana e destinado ao direito das coisas.[7] Por fim, a suposição de que a pena estabilizaria normas porque ela criaria ou reforçaria a fidelidade ao direito é elíptica, pois deixa em aberto a maneira pela qual a pena atinge esse resultado: por meio da retribuição, da prevenção especial ou da intimidação. A prevenção geral positiva, nessa versão, ainda não constitui propriamente uma teoria da pena; ela fundamenta a proteção mediata de bens jurídicos sem nomear o meio para tanto.

Se for possível determinar o meio e legitimá-lo, e se for possível, em especial, escapar da crítica de Kant, então a prevenção geral positiva poderá ser desenvolvida como uma teoria válida da pena. Nessa hipótese, a prevenção geral positiva teria, ainda, a vantagem de poder integrar elementos plausíveis de outras teorias da pena sem maiores dificuldades. Mais especificamente, não seria difícil para ela demonstrar o efeito intimidatório da pena – em alguns casos realmente inegáveis – como um efeito secundário útil mesmo que não constitutivo de sua legitimação, sem ter que construir ao mesmo tempo uma concepção – global, porém lacunosa – de intimidação.

Em uma análise superficial poderia até parecer vantajosa uma formulação elíptica da prevenção geral positiva. Como ela deixa em aberto a maneira pela qual a pena serve à estabilização da norma – se pela retribuição, intimidação, satisfação do desejo de vingança etc. –, ela não precisaria apresentar qualquer justificativa sobre o meio; ela poderia referir-se apenas à estrutura policausal dos mecanismos sociais e pronto. Mas isso não é suficiente, e não o é por pelo menos dois motivos importantes. Deve existir, primeiramente, um critério para a medição da pena. E a determinação de tal medida é obviamente dependente da interpretação da pena. Além disso, a fidelidade ao direito somente pode ser criada ou fortalecida se a pena for valorada como a reação correta. Mas, uma vez que a correção da reação não pode depender daquilo que indivíduos alea-

7. KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, Rechtslehre, parte II, parágrafo 1, nota geral E, A 197, Kant-Studienausgabe. vol. IV. p. 453.

tórios eventualmente considerem correto, e sim depender apenas daquilo que conforme o direito deva-se considerar correto – nesse sentido é justamente a fidelidade ao direito que deve ser fomentada –, a pergunta sobre a correção tem que ser respondida obrigatoriamente sob a perspectiva do direito. A teoria da pena encontra-se assim imune em um ponto decisivo – mais precisamente: no ponto decisivo – face à ponderação empírica de consequências.

2. Se a pena deve fortalecer e fomentar a fidelidade ao direito, então ela deve ser a reação correta sob a perspectiva do direito. Mais do que isso: a pena pressupõe que a conduta do autor foi deficitária precisamente no ponto em que a fidelidade ao direito viria a diminuir ou desaparecer caso não houvesse pena como reação. Esse *déficit*, em uma ordem jurídica cujo critério de correção é a justiça, pode consistir tão somente em uma carência do sentido de justiça.[8]

Dessa maneira, a legitimação da pena possui os seguintes pressupostos: o delito deve ser um comportamento que demonstre uma carência significativa do sentido de justiça. Essa carência do sentido de justiça deve manifestar-se na pretensão do autor a uma vantagem que recaia como um prejuízo sobre os cossujeitos e por esta razão seja vista como injusta. Se a obtenção dessa vantagem ficasse sem castigo, então, além disso, deveriam os cossujeitos poder exigir eles mesmos pretensão a tal vantagem em prejuízo de uma ordem jurídica justa. Por isso, a vantagem pretendida pelo autor deve ser compensada (simbolicamente) a título de reprovação – e isto significa: demonstração da carência do sentido de justiça – através da imposição de uma desvantagem. Em outras palavras, por isso o autor deve ser apenado.

A partir desses pressupostos, que serão melhor esclarecidos abaixo, a pena é interpretada como retribuição realizada através da reprovação ético-jurídica. Ao contrário da teoria retribucionista, o mal *pena* não é concebido como resposta que reflete uma lesão ao bem jurídico imputável ao autor. O nível de referência desta teoria é incorreto. O dano a ser retribuído deve ser o lado objetivável da culpa, e esse lado é a diminuição do valor de reconhecimento da norma de comportamento que se manifesta no delito. A culpa é a perda de validade que a norma sofreu com o seu – injusto – não reconhecimento. Disso se segue não apenas que a pena tem que ser adequada à culpa, mas também, e exatamente, que a pena será a resposta correta somente e tão somente se ela for adequada à culpa.

8. Sobre o sentido de justiça, vide RAWLS, The sense of justice. *The Philosophical Review*, 1963. p. 281 e ss.

A minha tese pressupõe, portanto, que a culpa é uma realidade social e, além disso, uma grandeza mensurável. Isso soa mais audaz do que realmente é. Também o legislador parte da ideia de que a culpa tem limites máximos e mínimos ao cominar quantidades mínimas e máximas de pena aos crimes. Sem dúvida, esse proceder só faz sentido se a culpa jurídico-penal tiver valor negativo em relação a um critério determinado. Esse critério, no nível de referência aqui elegido, é o valor que a validade de uma norma tem: o seu valor de reconhecimento. Uma vez que o valor de reconhecimento da proibição de matar ocupa um lugar muito mais alto do que o valor de reconhecimento da proibição de furtar, a pena do homicida é *per se* muito maior que a do ladrão.

Para evitar o perigo de circularidade dessa argumentação, faz-se necessária uma resposta quanto à questão do critério vinculante para a fixação do valor de reconhecimento da norma e, assim, uma resposta quanto ao critério de justiça para as normas de comportamento.

3. A determinação do valor de uma norma passa por três níveis. Primeiramente, a norma deve ser racional com relação aos fins objetivados. Sua função instrumental encontra-se, com isso, em primeiro plano; ela deve ser apta à persecução de um fim previamente determinado. Em um segundo nível tem-se o benefício social-pragmático gerado pela norma no sentido do utilitarismo.[9] Em termos utilitaristas devem ser avaliados aqueles fins para cujo alcance a norma demonstrou ser um meio adequado. Mas como o utilitarismo deixa em aberto a maneira pela qual o benefício a ser alcançado deve ser distribuído, isto é, se uma minoria, uma maioria ou todos tirarão (ou deverão tirar) proveito, existe, em princípio, a possibilidade de que a observância de uma norma legitimada simplesmente em razão de seu benefício coletivo não seja vantajosa para todos, e não apenas sincronicamente, como também diacronicamente – a longo prazo – não vantajosa. Prescrever a um destinatário um comportamento não vantajoso com renúncia de sua liberdade para o proveito de outros, e ainda por cima lhe impor um mal adicional – da pena – no caso de uma quebra da norma, é exercício de poder manifesto, mas não é justo. A norma somente pode, pois, ser justa, se a sua utilidade for distributiva[10] (nos delitos especiais deve ser exigida a utilidade distributiva para o círculo de destinatários potenciais).

Satisfazem o princípio da utilidade distributiva, antes de mais nada e sem restrições, as normas que expressam renúncia de liberdade em prol da liber-

9. A respeito do utilitarismo cf. HÖFFE (org.). *Einführung in die utilitaristische Ethik*, 1975. Introdução. p. 7 e ss.

10. Cf. sobre o tema HÖFFE. *Politische Gerechtigkeit*, 1987. p. 69 e ss.

dade mesma. Normas que são a expressão do princípio da coexistência de liberdade universal oferecem a cada um não apenas a vantagem de determinar-se livremente, desde que não se interfira na esfera de liberdade dos demais membros da comunidade jurídica, senão que constituem também, ao mesmo tempo, as condições elementares de autoproteção nas relações entre os seres humanos. Em perspectiva diacrônica, isso vale para a vida em conjunto entre as gerações. Sem dúvida, a derivação da proteção normativa de liberdades fundamentais a partir do princípio da utilidade distributiva permite somente a obtenção do caráter vantajoso geral da norma, mas não de um valor de reconhecimento específico além dele. Isso porque a importância que o indivíduo confere a cada uma de suas liberdades fundamentais é parte de sua liberdade; diz respeito a cada qual privilegiar a propriedade em lugar da dignidade ou a vida em lugar da religião. Tal constatação tampouco constitui um problema teórico de legitimação; a renúncia recíproca de liberdade pode ser compreendida como uma *troca casada*.[11] A determinação da importância concreta do valor específico é, portanto, uma questão da formação de opinião política, que não se transmuta em violência porque as vantagens individuais continuam existindo no pacote das liberdades fundamentais. Mesmo quem, divergindo da maioria de seus cossujeitos, dá mais importância à honra do que à própria vida, ganha a proteção da honra em troca da renúncia ao homicídio.

Partindo desse pensamento, os bens jurídicos podem ser definidos como aquelas características de pessoas, coisas ou instituições que servem ao livre desenvolvimento do indivíduo.[12] A proteção de bens jurídicos é limitada pela racionalidade com relação aos fins, pelo benefício social-pragmático atingido e pela utilidade distributiva. Normas que em especial não possam ser concebidas como expressão do princípio de justiça da justiça distributiva, sendo somente justificáveis, talvez, sob o aspecto de seu proveito coletivo, não podem ser protegidas em sua validade através da pena. Pode até vir a ser legítimo conforme o caso estabelecer a imposição de um mal como sanção para tais normas.[13] Mas não será legítimo assegurar a sua validade através da pena, todavia, se a reprovação ético-jurídica constitutiva da pena estiver amparada em uma carência do sentido de justiça.

---

11. Nessa medida, a justiça primária é a *iustitia comutativa*. Em sentido contrário, RAWLS, *A theory of justice*, 1971, que coloca a justiça distributiva em primeiro plano.

12. Mais detalhadamente, KINDHÄUSER, op. cit., p. 137 e ss.

13. Aí se encontra o real significado da *contravenção penal*. Cf. a respeito ainda WOLF, Erik. *Frank-FS*.1930. vol. II, p. 516 e ss.

4. Agora, porém, um outro ponto de vista ainda: faltou até aqui o fundamento que justifique o bem jurídico-penal como digno de proteção em si, e isso independentemente de a falta de reconhecimento da norma conduzir ao fracasso da finalidade de proteção da norma – conduzir a uma lesão do bem jurídico, portanto. Tal fundamentação, entretanto, é praticamente desnecessária. A norma deve tornar-se realidade e isso ela será apenas se tornar o motivo efetivado pela ação no âmbito de interação social. A simples conformidade com a norma oferece tão pouco segurança quanto a simples não conformidade condiciona por si só uma perda de validade. Quanto à última hipótese: crianças e doentes mentais, por exemplo, não afetam a validade da norma porque eles – nos termos da teoria contratualista – não são considerados partes de um contrato social; quem não pode abrir mão de sua liberdade, não frustra quando lesiona liberdade alheia.

Em que consiste então a frustação que deve ser identificada como falta do sentido de justiça e reprovada ético-socialmente? Para visualizar a questão: o *Schwarzfahren*.[NT2] O autor faz uso da renúncia de liberdade dos outros sem prestar a sua própria. Ele quebra a lógica da coexistência de liberdade recíproca sob a base de dar e receber reciprocamente ao receber duas vezes. Ele se aproveita (para utilizar essa imagem) das contribuições pagas pelos demais, que lhe proporcionam a vantagem da viagem, e poupa, além disso, a sua parte. Ele ganha às custas dos outros duplamente, e isso é injusto.

Uma pena racional deve compensar essa vantagem por meio da imposição de uma desvantagem e, ao mesmo tempo, reprovar a carência do sentido de justiça expressada através do delito. A reprovação é ético-jurídica porque tem como objeto a lesão do imperativo fundamental prévio ao direito positivo de reconhecimento recíproco de liberdades fundamentais.[14] Nesse sentido, a pena

NT2. Nota do Tradutor: Na Alemanha os meios de transporte coletivo são caracterizados por não possuírem um controle de entrada dos passageiros (por meio de catracas, por exemplo), de tal sorte que a compra do bilhete de viagem é conferida, via de regra, apenas esporadicamente pelo funcionário encarregado. O termo *Schwarzfahren* designa a situação de viajar sem se ter o bilhete válido para o percurso.

14. HOERSTER acredita poder fundamentar a pena estatal em termos positivistas e "livres de metafísica" ao restringir sua análise à proteção dos interesses de um sujeito que decide racionalmente (cf. *Weinberger-FS*. 1984. p. 225 e ss.). Um sujeito que decide de maneira completamente racional, e que, além disso, consiga avaliar de maneira objetiva suas necessidades (interesses) esclarecidas, dificilmente pode ser identificado como um sujeito empírico, de tal sorte que sob o aspecto da racionalidade normativa cria-se um direito racional bem ativo. Além do mais, um viés positivista desse cunho fica desamparado face à crítica do *open question argument* da meta-ética analítica: por

racional deixa claro também que a pretensão a uma vantagem dupla não vale a pena e com isso reforça a confiança dos membros da comunidade jurídica na validade da norma. Se desrespeitar as normas é algo que não compensa, então ninguém se sente explorado e enganado ao reconhecer as normas de maneira efetiva através da ação. Nesse ponto, a pena tem efeitos integradores nos termos da prevenção geral positiva, e de maneira legítima, pois com uma retribuição justa o autor não é utilizado como meio para um fim.[15]

5. Uma palavra ainda sobre a afirmação lançada no início de que o bem jurídico-penal consistiria em um nível suficiente de motivação fiel ao direito: o que se quis dizer é que o reconhecimento de normas penais de comportamento não é algo a ser imposto de qualquer maneira, a todo custo. Nem todo não reconhecimento da norma é expressão de um *déficit* do sentido de justiça. Pode ser que o autor não ganhe duplamente com tal desprezo, mas tão somente queira evitar um prejuízo existencial. Aqui pertence a constelação do estado de necessidade exculpante.[16]

III

De acordo com as reflexões anteriores, o direito penal é uma instituição necessária e legítima, embora a ser mantida em limites estreitos. O direito penal é poder, e como todo poder, uma faca de dois gumes, sendo assim inimigo potencial da liberdade que deve garantir. Estabelecer limites, porém, somente pode ter êxito se o direito penal for concebido como parte de uma estratégia de justiça política fundada moralmente. Mencione-se a penalização da lesão dos deveres de escrituração dos livros comerciais (§ 283b, StGB) ou do uso de peças de roupa de uma mesma cor com a finalidade de demonstrar opinião política comum (§§ 3.º e 28, VersammlG)[NT3] como exemplo dos excessos de uma política criminal filosoficamente irrefletida.

---

que é um critério do direito correto satisfazer seus próprios interesses da maneira mais racional possível? – Dito de passagem: a fundamentação que se baseia na proteção racional de interesses pressupõe de antemão o direito à livre proteção de interesses.

15. Conforme KANT, op. cit., vol. IV, p. 453, é legítimo extrair vantagens da pena para o autor e seus concidadãos; apenas deve a punibilidade estar fundamentada moralmente.

16. Vide também BRANDT. A utilitarian theory of excuses. *The Philosophical Review*, p. 337 e ss. Durham: Duke University Press, 1969.

NT3. Nota do Tradutor: *Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz)*. Lei que dispõe sobre o direito de reunião e demonstração na Alemanha.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Bem jurídico penal: algumas compreensões, breves reflexões, de Davi Castro Silva – *RCP* 10/190;
- Bem jurídico-penal à luz da Constituição Federal de 1988, de Rafael Silva de Faria – *RCP* 13/ 275; e
- Teoria dos fins da pena: breves reflexões, de Luiz Regis Prado – *RCP* 0/143.

A CRÍTICA DE KANT À TEORIA EMPÍRICA DO DIREITO

4

Kant's objection to the empirical theory of Law

WOLFGANG NAUCKE

Professor Doutor da Universidade de Frankfurt am Main, Alemanha.

Traduzido por LUIS GRECO

Doutor e LL.M. em Direito pela Universidade Ludwig Maximilian (Munique). Assistente científico junto à cátedra do Prof. Dr. H. C. Mult. Bernd Schünemann.

ÁREA DO DIREITO: Fundamentos do Direito

RESUMO: O autor tenta demonstrar que a crítica de Kant às teorias empíricas do direito, segundo a qual elas não passam de justificação do arbítrio, continua válida.

PALAVRAS-CHAVE: Kant - Teoria da pena - Retributivismo - Direito natural - Positivismo.

ABSTRACT: The paper intends to show that Kant's objection to empirical theories of Law, which are accused of being no more than a justification of arbitrariness, remains valid.

KEYWORDS: Kant - Theory of punishment - Retributivism - Natural law - Positivism.

1.

O tema de minha conferência[NT1] é dado pela seguinte passagem de Kant, da "Introdução à teoria do direito":

NT1. Nota do Tradutor: Original: "Kants Kritik der empirischen Rechtslehre", *Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Goethe Universität Frankfurt am Main*, vol. 34, n. 4, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1996.

"Uma teoria do direito meramente empírica (como a cabeça de madeira na fábula de Fedro) é uma cabeça que pode mesmo ser bela, mas, que pena!, em seu interior não há cérebro".[1]

A frase é forte e rica de conteúdo. Vou citá-la mais uma vez, também para relevar a distância em relação à linguagem científica de hoje:

"Uma teoria do direito meramente empírica (como a cabeça de madeira na fábula de Fedro) é uma cabeça que pode mesmo ser bela, mas, que pena!, em seu interior não há cérebro".

Esta frase diz mais sobre as finalidades da teoria do direito de Kant do que todas as diversas formulações do imperativo categórico, das quais se ocupam bibliotecas de literatura sobre Kant. Tentarei, no que se segue, fundamentar esta afirmação.

Primeiramente, vou reinserir a passagem no contexto do qual a arranquei. Depois comprovarei que a ideia de uma teoria do direito empírica e sem cérebro sempre reaparece em Kant. Por fim, tentarei identificar aspectos postos em segundo plano na literatura que se ocupa da teoria jurídica de Kant. Estes descuidos não se referem a quaisquer setores marginais da teoria crítica do direito, e sim ao núcleo desta. Uma passagem pouco citada – talvez por medo – diz: o direito empírico é "um mero artifício mecânico (mechanisches Machwerk) – que, a rigor (...) em si sequer seria direito".[2] O direito empírico não é direito? Exatamente.

2.

a) Mas, como anunciado, quero reinserir a passagem inicialmente citada no contexto do qual ela vem. Ela se encontra na "Metafísica da Moral",[NT2]

1. Kant, *Metaphysik der Sitten* (*Metafísica da Moral*), edição Meiner, Philosophische Bibliothek, p. 34 e ss. = *Metaphysik der Sitten*, Parte I, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, § B.

2. A passagem é facilmente localizada. Ela está indicada e citada em Klenner (ed.), *Immanuel Kant, Rechtslehre, Schriften zur Rechtsphilosophie*, 1988, p. 419, nota 43. A passagem encontra-se em *Kants Gesammelte Schriften* (Obras Completas de Kant), editadas pela Preußische Akademie der Wissenschaften, vol. XXI, Dritte Abtheilung: handschriftlicher Nachlaß, vol. 8, Berlin e Leipzig, 1936, p. 178 e ss.

NT2. Nota do Tradutor: Pode parecer pretensão ou pedantismo, mas não é: a tradução que comumente se dá à expressão *Metaphysik der Sitten* é "metafísica dos *costumes*",

de 1797, mais exatamente no apartado "Primeiros fundamentos metafísicos da teoria do direito". É de importância fundamental sublinhar a "metafísica" neste contexto do tratamento da teoria do direito e, com ela, da teoria empírica do direito. A teoria metafísica do direito é o grande opositor à teoria do direito empírica e sem cérebro. A falta de cérebro na teoria jurídica empírica é o incentivo para a busca da metafísica do direito. Apenas para que nada fique incompleto, lembro que metafísica, em Kant, significa: metafísica secularizada e epistemologicamente fundada. E mantém-se, é claro, a principal característica de metafísica, a independência em relação a dados empíricos.

À teoria empírica do direito contrapõe-se a teoria do direito secularizada, metafísica e não empírica. Sempre que, na teoria do direito, recorre-se a Kant e se trabalha com ele, realiza-se também esta distinção entre teoria do direito empírica e metafísica. E sem a crítica à teoria empírica não é possível chegar ao caminho que leva à teoria do direito kantiana, à metafísica do direito segundo Kant, à teoria pura do direito, ao imperativo categórico do direito. E inversamente: quem recusa a metafísica do direito segundo o modelo de Kant (e – como geralmente se observa – não tem outra metafísica a oferecer), só pode recorrer à teoria empírica do direito – e à falta de cérebro desta.

b) Mas continuemos no contexto da passagem. O que significa esse ceticismo em relação à teoria empírica do direito, ou mesmo a negação desta enquanto teoria do direito? O texto de Kant responde com precisão. Seria desejável que esta resposta fosse levada mais em conta pela literatura.

O ataque à teoria empírica do direito encontra-se no apartado "O que é o direito?".[3] Distinguem-se, claramente, dois setores do trabalho jurídico. Eu utilizo aqui conscientemente a expressão "dois setores do trabalho jurídico". Uma menor concentração nos levaria a dizer "dois conceitos de direito". Mas isto colocaria o direito empírico muito apressadamente nas proximidades do direito real. O texto de Kant é mais sutil e está bem longe de entender o direito empírico como direito real.

é, a rigor, imprecisa e enganosa. A palavra "costume" tem a conotação de algo que de fato é repetidamente feito, refere-se a um dado empírico, que pode ser objeto da sociologia ou da antropologia, quando o que Kant está preocupado em fundamentar com sua filosofia moral não é qualquer fenômeno empírico, que está no plano do ser, mas algo que está no plano do dever ser. Por isso é mais correto traduzir *Metaphysik der Sitten* por "metafísica da *moral*", como fazem, aliás, os autores de língua inglesa.

3. Kant (nota 1), p. 33 e ss.

Kant distingue o âmbito daquilo que é conforme ao direito (*rechtens*) do âmbito daquilo que pode ser direito: trata-se, exatamente, do âmbito do direito empírico, de um lado, e do direito metafísico, de outro. E Kant insiste em que se separem os dois âmbitos. Ele adverte expressamente contra a tentação, conhecida de todo jurista, de igualar o direito "àquilo que em algum lugar as leis de alguma época querem".[4] Aqui já se têm as características do direito empírico: ele se esgota em leis espáço-temporalmente contingentes, cujo conteúdo é querido por uma instância de poder. Kant sublinha a importância que ele confere a esta caracterização, repetindo-a apenas algumas linhas depois, numa formulação quase que em nada modificada.

O direito empírico é "aquilo que as leis em determinado lugar e em determinada época dizem ou disseram" e queriam.[5] E para tornar a coisa bem clara, iguala ele o volátil conteúdo empírico das leis à legislação positiva, que decorre de princípios empíricos.[6]

A este conteúdo legal contingente opõe Kant com ênfase o "direito", mais exatamente: "o critério geral, com base no qual se pode conhecer tanto o direito (*Recht*) quanto o "não-direito" (*Unrecht*[NT3])".[7] A lei meramente empírica é ligada a uma vontade meramente empírica, o direito ao conhecimento. E para completar o raciocínio, sublinha Kant que se trata de conhecimento extraído da "mera razão". Esta expressão é um termo técnico da filosofia kantiana, que realiza a ponte com a metafísica do direito, com a teoria do direito purificada de qualquer dado empírico. Do contexto da passagem deriva, com muita clareza: é duvidoso se o direito empírico tem natureza de direito; se ele sequer for direito, tratar-se-á de um direito de muito menor qualidade.

c) Avança-se ainda um pouco mais na análise desta passagem sobre a teoria empírica do direito se se tentar esclarecer o que significa a palavra "empírico". Uma certa identificação parece já insinuar-se. O direito "empírico" é o direito objeto de vontade (e não de conhecimento). O que importa ao direito empírico é apenas se ele corresponde à vontade de uma instância de poder; o conteúdo não importa. Um pouco mais adiante, vê-se bem claro o que Kant quer dizer. A "vontade" que produz o direito empírico fundamenta-se em desejos, em

4. Kant (nota 1), p. 33.

5. Kant (nota 1), p. 33 e s.

6. Kant (nota 1), p. 34.

NT3. Nota do Tradutor: A palavra *Unrecht* significa tanto "injusto" (como no termo "injusto penal"), quanto "negação do direito". Preferi a tradução "não-direito", porque é a que me pareceu melhor adequar-se ao sentido do texto.

7. Kant (nota 1), p. 34.

"meras" (como Kant formula de modo consequente) necessidades, na vontade de "ser caridoso ou de manter-se frio".[8] Logo se segue uma fórmula sintetizadora. O direito empírico decorre do "fim que persegue cada qual com o objeto de seu querer".[9] O direito empírico é o conteúdo positivo da lei atualmente considerado útil.

d) A passagem da qual eu me ocupo pode ser resumida na seguinte fórmula: o direito empírico legal pode ser uma bela cabeça, mas um cérebro não chega ele a ter. O direito legal e seu tratamento podem apresentar-se de forma elegante e rica, mas por trás desta forma externa não há nada.

A pergunta é se podemos determinar com mais clareza o que significa esta "falta de cérebro" do direito empírico legal.[10] Kant refere-se à fábula de Fedro. Esta citação é mais rica de implicações do que habitualmente se imagina.[11]

A estrutura fundamental da fábula é a seguinte: a astuta raposa depara-se com uma bela máscara, a vislumbra com prazer, mas não se deixa enganar; ao virar a máscara, descobre-a oca.

Há diferentes versões da fábula, uma de Ésopo (século VI a.C.),[12] uma de Fedro (em torno de 50 d.C.)[13] e uma de La Fontaine (século XVII).[14] Em todos os autores, a moral é a mesma. Ésopo contrapõe à bela cabeça a falta de cérebro; Fedro coloca honra e glória de frente à tolice; La Fontaine politiza a moral da fábula: "os grandes por vezes não passam de máscaras", e os "grandes" podem também ser instituições. Só burros, e não raposas, deixam-se enganar: estas olham com cuidado e veem que o valor da máscara é apenas externo.

Kant refere-se a Fedro. É possível que ele conhecesse a versão mais desenvolvida, de La Fontaine, pois é lá – e não em Fedro – que aparece a frase: "uma

8. Kant (nota 1), p. 34.
9. Kant (nota 1), p. 34.
10. Kant (nota 1), p. 34.
11. Cattaneo, *Metafisica del Diritto e Ragione Pura, Studio sul Platonismo Giuridico di Kant*, 1984, p. 185 e ss., indica a passagem com o fim de utilizá-la na interpretação de Kant. Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien*, 1994, p. 63 e ss., em especial p. 68, confere à passagem importância fundamental. Klenner (nota 2), p. 420, nota 45, menciona a possível passagem de Fedro, sem contudo valer-se dela para a intepretação de Kant.
12. H. Marquardt (ed.), *Die Diebe und der Hahn, Fabeln des Äsop und äsopische Fabeln des Phaedrus*, Leipzig, 1975, p. 20.
13. Phaedrus, *Liber Fabolurum* (*Livro de Fábulas*), latim e alemão, Stuttgart, 1975, p. 11.
14. Jean de La Fontaine, *Die Fabeln*, alemão e francês, com ilustrações de G. Doré, Wiesbaden, sem data, p. 108, n. 14.

bela cabeça, mas sem cérebro". Mas isto não importa. A referência à fábula para caracterizar o direito empírico tem efeitos destruidores. O que se pode dizer de pior a respeito de um direito, do que ser ele uma máscara, enganadoramente bela, é verdade, mas sem conteúdo? O único consolo é que a astúcia pode descobrir a falta de cérebro do direito empírico (e que tem de partir na difícil busca de um direito não empírico).

e) A conclusão desta passagem da "Metafísica da Moral" que acabo de analisar é que o direito empírico não tem valor e que é possível conhecer isto.

Kant não restringe sua conclusão para qualquer setor do direito empírico, nem mesmo para aquele setor que, com grande pompa teórica e política, é impresso no diário oficial.

3.

A pergunta é, porém, se não se está conferindo demasiada relevância à passagem. Buscarei mais provas que demonstrem que a conclusão acima formulada sempre reaparece em Kant.

a) Primeiramente, recordo uma outra versão da ideia que citei no início deste trabalho, uma versão bem mais radical, que aparece nos manuscritos póstumos de Kant. O contexto global é o seguinte:

Kant discorre, primeiro em caráter genérico, que "a verdadeira ciência, pouco importando o nome que tenha, é em geral aparentada às demais".[15] E com um "por exemplo", prossegue ele:

"(...) por exemplo, a teoria do direito pura e a teoria do direito estatutária distinguem-se uma das outras como o racional do empírico. Uma vez que a segunda se relaciona à primeira como um mero artifício mecânico, que a rigor não seria direito objetivo (isto é, decorrente de leis da razão), mas meramente subjetivo (decorrente do arbítrio do poder superior), ou seja, que a rigor sequer seria direito, torna-se necessário introduzir uma parte intermediária da teoria do direito, como a transição de uma teoria pura do direito à teoria estatutária".[16]

Não pretendo aqui analisar aprofundadamente o fim desta passagem – a exigência de um setor intermediário entre metafísica do direito e direito atual

15. *Kants Gesammelte Schriften*, editadas pela Preußische Akademie der Wissenschaften, vol. XXI, Dritte Abtheilung: handschriftlicher Nachlaß, vol. 8, Berlin e Leipzig, 1936, p. 178.

16. Kant (nota 15), p. 178.

positivo e empírico. Contento-me apenas em observar que seria uma interessante tarefa para a história do dieito moderno buscar este setor intermediário. Talvez ela o encontre, por vezes atrofiado a algo irreconhecível e afastado da metafísica, livremente flutuando como uma teoria geral do direito, ou nas partes gerais do direito penal, civil, público e de todos os modernos campos do direito.

O começo da citação é o meu tema. Mais agudamente do que na anterior passagem da Metafísica da Moral, vem o direito estatutário, positivo, empírico caracterizado como algo arbitrário, fundado apenas no poder, que a rigor não pode ser direito – ou que só o pode ser se suportar o juízo da razão jurídica pura, não empírica.[17] O importante nesta passagem que agora analisamos é que o caráter criticável do direito empírico é vista de modo muito mais claro, podendo-se quase dizer: muito mais duro, do que na Metafísica da Moral. É esta arbitrariedade, esta dependência em relação ao poder, esta subjetividade política, que faz com que este direito apareça como algo que "em si sequer é direito".

b) A ideia aparece com idêntico conteúdo, mas com maior técnica jurídica, também na Crítica da Capacidade de Juízo, 1799, a saber, na "Introdução", em que Kant formula a suas típicas determinações terminológicas. Aqui se encontra uma desenvolvida distinção entre regras ou dispositivos, de um lado, e leis, de outro.[18] Regras contrapõem-se a leis. Todos os temas que até agora examinamos se reencontram nesta passagem. De um lado enxerga Kant regras técnico-práticas de conformação da própria vida ou da comunidade. Estas regras ou dispositivos decorrem da "prudência ou habilidade em influenciar pessoas e suas vontades".[19] Esta seria a perfeita explicação para a orientação utilitária e preventiva das atuais leis penais – que, para Kant, não passam de regras de utilidade e dispositivos de prudência. E Kant não permanece no plano do geral. Ele enumera com conhecimento de causa os setores em que imperam as regras de prudência, a saber: a economia do Estado, a domagem dos impulsos e a contenção dos afetos.[20] Não será ousadia reencontrar nestes setores o empreendimento a que hoje chamamos "combate ao crime". Relevante é o fato de que a economia estatal e a domagem dos impulsos se encontrem – enquanto regras que são – no mesmo nível que os dispositivos da dietética e economia caseira.[21] Sempre se tra-

17. Kant (nota 15), p. 178, fim do segundo parágrafo.
18. Kant, *Kritik der Urteilskraft* (*Crítica da Capacidade de Juízo*), edição Meiner, p. 6 e ss.
19. Kant (nota 18), p. 7.
20. Kant (nota 18), p. 8.
21. Kant (nota 18), p. 8.

ta de "regras de habilidade (*Geschicklichkeit*), que são apenas ténico-práticas".[22] "A tudo isso contrapõem-se" – e agora cito[23] – "os dispositivos moral-práticos, fundados num princípio suprassensível, que" – acrescenta Kant – "se baseiam de todo no conceito de liberdade".[24] Faço referência a este acréscimo, para ao menos indicar o setor em que Kant procura a teoria não empírica do direito. O propósito de meu presente estudo não é fundamentar com segurança este setor, e sim esclarecer que a destruição promovida por Kant ao direito empírico é um pressuposto da necessidade da busca de um direito não empírico.

O raciocínio na Crítica da Capacidade de Juízo vai ainda além: as regras técnico-práticas são apenas empíricas; e é exatamente este o setor que, na Metafísica da Moral, é chamado de teoria empírica do direito, de cabeça sem cérebro. As regras moral-práticas são, por outro lado, "uma espécie de dispositivo de todo especial", que "se chamam simplesmente leis".[25] Regras e dispositivos empíricos e arbitrários, de um lado, leis metafísicas de outro, esta é a distinção básica da teoria do direito de Kant. Já se pode ver o quão distante nos encontramos dela. O conceito da lei não empírica desapareceu; as regras e dispositivos empíricos ganharam o título dignificante de leis.

c) Para que a análise fique completa e para que não pareça que se está cometendo excessos de interpretação, acrescento que a distinção entre dispositivos e regras empíricos, não obrigatórios (a não ser quando impostos pelo poder), de um lado, e leis não empíricas, puras, absolutamente obrigatórias, de outro, já se encontra também e de modo consequente nos "Fundamentos da Metafísica da Moral" (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*), de 1785. De modo ainda mais enfático que posteriormente, separa Kant teorias empíricas de habilidade, que podem ser condensadas em dispositivos e regras, mas que em si de nada valem, podendo ser a qualquer momento modificadas, da própria metafísica da moral, do campo das leis puras, não empíricas.[26] E a regra prática que se baseie em "fundamentos empíricos" é segregada de modo decidido da "lei", que "tem de apresentar absoluta necessidade".[27] Sem metafísica podem existir apenas regras, dispositivos mutáveis a todo momento, mas nunca leis. A passagem da

22. Kant (nota 18), p. 8. Esta caracterização geral aparece *depois* da enumeração dos setores a que se refere o texto, ou seja, cobre *todos* os exemplos.

23. Kant (nota 18), p. 8.

24. Kant (nota 18), p. 8.

25. Kant (nota 18), p. 8.

26. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (*Fundamentos da Metafísica da Moral*), edição Meiner, p. 4.

27. Kant (nota 26), p. 5.

Metafísica da Moral sobre o vazio da teoria empírica do direito está aqui claramente antecipada. A crítica dura e irônica dirigida à teoria empírica do direito não é coincidência.

Não será supérfluo acrescentar que a distinção entre, de um lado, finalidades empíricas relativas e não obrigatórias e, de outro, finalidades puras abre o caminho para o fim em si mesmo, isto é, traça o caminho que leva dos imperativos hipotéticos não obrigatórios aos imperativos categóricos. Para lembrar da passagem central, que também está na crítica à teoria empírica do direito:

"Os fins que um ser racional se propõe, da maneira que lhe aprouver, como efeitos de sua ação (fins materiais), são todos apenas relativos".[28]

A teoria do imperativo categórico, e também do imperativo categórico do direito, pressupõe que se reconheçam os fins empíricos, os imperativos hipotéticos, como não obrigatórios. Só se chega a uma teoria do direito fundada no imperativo categórico se se renunciar a fins empíricos como o fundamento da teoria do direito e der início à busca de fins puros.

d) A última comprovação que desejo apresentar são as considerações de Kant a respeito do direito penal. Aqui se deixa claro, num determinado setor do direito, a carência de uma teoria meramente empírica do direito em seus detalhes. A estrutura do que fora dito sobre a teoria do direito em geral na "Introdução à Teoria do Direito" é mantida, assim como a tonalidade emocional.

Kant bem conhece o fato de que se possam formar sistemas punitivos segundo regras e dispositivos de habilidade e da mutável utilidade.[29] As "vantagens" empíricas que se pode prometer de penas preventivas ou educativas lhe são familiares. Da mesma forma, pressupõe ele que se possam utilizar a pena e o delinquente como meios para o fim da "correção" empírica de uma comunidade. Ou, ainda mais concreto: ele considera o perdão de criminosos que permitam que se realizem experiências arriscadas sobre suas pessoas uma prática possível.[30] E ele está informado também sobre as regras da ponderação de bens – hoje, § 34 StGB.[NT4] Ele constrói o forte exemplo em que se poderia

28. Kant (nota 26), p. 50.

29. Kant, *Metaphysik der Sitten* (*Metafísica da Moral*), edição Meiner, p. 158 e ss., 195 s. – Cf., para o estado atual e para possíveis perspectivas diante da filosofia jurídico-penal de Kant: Schild, Anmerkungen zur Straf- und Verbrechensphilosophie Immanuel Kants, em: Meinhard Heinze e Jochem Schmitt (eds.), *Festschrift für Wolfgang Gitter*, 1995, p. 831 (à p. 835 encontra-se a expressa indicação ao fato de que para Kant "era evidente... a natureza de medida de segurança da pena estatal").

30. Kant (nota 29), p. 158 e s.

NT4. Nota do Tradutor: Trata-se do dispositivo que regula o estado de necessidade justificante no Código Penal alemão. O texto é o seguinte:

perguntar – empiricamente – se é permitido sacrificar impunemente um homem, para salvar vários. Seria possível imaginar prêmios para a desistência de direitos.[31] Mas tudo isto não passa de "prudência penal" (*Strafklugheit*),[32] mutável e pouco valiosa.

É neste contexto que se insere o tom irônico contra Beccaria (1738-1794), a quem se costuma considerar o fundador do moderno direito penal. É necessária uma fundamental independência para, no direito penal, acusar Beccaria de "sentimentalismo solidário e humanidade afetada".[33] Esta crítica se dirige à concepção de Beccaria, segunda a qual a teoria da pena dependeria de uma estranha mistura entre conhecimento empírico – consentimento na pena de morte para o caso de um crime grave – e conhecimento não empírico – o caráter indisponível da vida. Kant: "Meros sofismas e torções do direito".[34] Esta citação jamais foi analisada seriamente na literatura jurídico-penal sobre Kant.

É verdade que, na discussão de Kant sobre o direito penal, não menciona ele expressamente a metáfora da falta de cérebro da prudência penal empírica, enquanto parte da teoria empírica do direito. Mas aparece uma metáfora não menos impressionante, a rigor quase incômoda. Esta teoria empírica da pena, que produz apenas regras e dispositivos mais ou menos adequados, arrasta-se pelos caminhos de serpente da teoria da felicidade (*Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre*), ou, como se diria hoje, pelos caminhos de serpente da política, para alcançar vantagens provisórias.[35] E a partir daí, prossegue a ideia como na passagem central que citei ao início. A prudência penal empírica, apresente ela tantas regras e dispositivos quanto queira, tem pouco a ver com

31. Kant (nota 29), p. 159.

32. Kant (nota 29), p. 196.

33. Kant (nota 29), p. 162.

34. Kant (nota 29), p. 163.

35. Kant (nota 29), p. 159. Para o direito constitucional [Nota do Tradutor: traduzi *Staatsrecht* por "direito constitucional", porque a tradução mais exata, "direito do Estado", não é corrente em nossa língua. Duas coisas devem porém ficar claras: primeiro, à época em que Kant usou o termo, obviamente não se referia ele às nossas Constituições escritas; segundo, ainda hoje o termo *Staatsrecht* é corrente na terminologia jurídica alemã, e refere-se ao ramo do direito a que chamamos de direito constitucional. Feitas estas ressalvas, não vejo termo melhor do que o efetivamente utilizado] formula-se a mesma ideia no estudo "Über den Gemeinspruch: 'Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis'" ("Sobre o dito comum: 'isso pode ser correto na teoria, mas não serve para a prática'"), Abschnitt II (edição Meiner das *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, 1973, p. 96 e ss.).

"direito" penal. Apenas a lei não empírica, pura, livre de fins pode ter a pretensão de intitular-se um *direito* de punir.[36]

4.

Quero extrair algumas consequências para o jurista. Estas consequências referem-se à interpretação dos objetos com os quais lida o jurista moderno, isto é, o direito empírico, positivo; e estas consequências referem-se ao agir jurídico, isto é, à ética profissional jurídica.

a) Kant não é tomado aqui como objeto da já bem extensa filologia que existe a seu respeito. O presente estudo não pretende ser uma interpretação de Kant no sentido acadêmico. Não se trata de uma tentativa de fixar um determinado ponto na típica linha "Kant, Hegel e eu". É claro que se trata da comumente formulada exigência do "voltemos a Kant!", mas a volta deve dirigir-se não ao sistema kantiano acadêmico, que se teria inicialmente de refundamentar ou de criticar.

O "voltemos" refere-se ao Kant filósofo político, ao agudo e incorruptível observador do direito de seu tempo. Os textos kantianos que citei analisam de modo sagaz e crítico uma fase do desenvolvimento do direito do final do século XVIII. Deus está morto e não pode mais revelar o direito justo; nenhum fim do direito é dado pela natureza, todos os fins do direito são históricos. Já passara a época da teologia jurídica e do direito natural. A consequência deveria ser a desnecessidade de qualquer conceito de direito. Este conceito tornou-se vazio de conteúdo, o que significa que ele pode adotar qualquer conteúdo. É este o núcleo da crítica kantiana à teoria empírica do direito.

A radicalidade de Kant no âmbito da teoria do direito está em deixar bem claro que a teoria empírica do direito está no fim. A grandeza de Kant no âmbito da teoria do direito está em não se conformar com esta situação, mas em ter inaugurado a busca de um conceito de direito não empírico, e sim, ao mesmo tempo não teológico, nem jusnaturalista – como a única possibilidade de escapar ao fim do conceito de direito.

b) Daqui derivam novas perspectivas para a literatura sobre Kant. A crítica de Kant à teoria empírica do direito é repetida em Schopenhauer e Nietzsche.[37]

---

36. Kant (nota 29), p. 158 e ss.

37. Schopenhauer, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, Sämtliche Werke, ed. por Löhnesen, vol. I, 1974, p. 468, 473 e ss.; Nietzsche, *Jenseits von Gut und Böse*, n. 225 (ed. Kröner, p. 149 e s.): os fins empíricos como "métodos superficiais de pensar". A ideia do di-

De resto, é correta a seguinte afirmação: a crítica de Kant à teoria empírica do direito não é recepcionada pela literatura sobre Kant. É claro que não posso afirmar ter consultado todos os estudos sobre a teoria jurídica de Kant. Mas conheço os tipos de trabalhos sobre Kant, e penso ter notado que, em geral, ignora-se a ideia kantiana de que é impossível derivar o direito de fins empíricos.

Esta linha começa, por exemplo, nos primeiros comentadores de Kant, em Bergk, Beck e Stephani. Aqui tem início a aleatoriedade acadêmica no trato com Kant, noutras palavras, aqui tem início o esvaziamento político da concepção de direito de Kant. De maneira quase pueril esquivam-se os comentadores das indicações de Kant sobre a falta de cérebro da teoria meramente empírica do direito; a confortável academização de Kant se mostra em especial no fato de que o forte linguajar, que se mostra em especial na expressão "falta de cérebro", é cuidadosamente evitado.[38]

---

reito puro, independente de quaisquer fins empíricos, tem suas raízes no pensamento pré-kantiano.

38. Representativo desse estilo de literatura, Johann Adam Bergk, *Briefe über Immanuel Kant's metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797. O texto contém apenas repetições irrelevantes e desnecessariamente complicadas de passagens de Kant. Bergk, op. cit., p. 22, indica a impossibilidade de fundamentar o direito empírico segundo Kant, sem compreender o significado dessa concepção. Similar, Heinrich Stephani, *Anmerkungen zu Kants metaphyischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, 1797, um estudo no estilo acadêmico de seminário; Stephani, op. cit., p. 5 e 44, aproxima-se do texto kantiano da falta de conteúdo da teoria empírica do direito, mas apenas em repetições que denotam não ter ele compreendido o que disse Kant. – Bem similar Jacob Sigsmund Beck, *Commentar über Kants Metaphysik der Sitten*, 1798; Beck, op. cit., p. 93-94 cita ao menos a passagem principal, se bem que a interpreta errado. – Estas lacunas e faltas de interesse na literatura inicial sobre a teoria do direito de Kant influenciam a recepção até hoje. A investigação histórica feita profissionalmente sobre a recepção de Kant no início do século XIX não trata de um tema: da não recepção da crítica kantiana à teoria empírica do direito. O estudo mais detalhado dos últimos tempos – Rückert, Kant-Rezeption in juristischer und politischer Theorie (Naturrecht, Rechtsphilosophie, Staatslehre, Politik) des 19. Jahrhunderts, em: Martyn P. Thompson, *John Locke und Immanuel Kant*, 1991, p. 144 e ss. – desconhece o tema, uma vez que ele não consta das fontes. Tal representa uma notável perda profissional e política na história do direito. A falta de atenção para com a crítica Kant à teoria empírica do direito talvez seja um dos mais importantes aspectos da história da ciência do direito no século XIX.
A investigação de Lingelbach, *Vernunft – Wahrheit – Freiheit, zur frühen Kantrezeption in der Rechtswissenschaft an der Jenaer Universität*, 1993, p. 191 e ss., confirma que a "primeira recepção de Kant" pelos juristas não tinha qualquer interesse na crítica à teoria empírica do direito. A uma conclusão próxima chegaram as investigações

Os primeiros juristas que se consideravam kantianos não procedem de modo muito diverso. Feuerbach (1775-1832) é um dos principais exemplos. Para ele, a crítica de Kant à teoria empírica do direito é algo tão incompreensível que ele sequer chega a referi-la. Depois de um passeio complicado e problemático através de citações de Kant escolhidas de modo quase arbitrário, deduz Feuerbach de Kant a seguinte conclusão: o Estado tem a finalidade de proteger os direitos; assim sendo, tem o Estado um direito a dispor de todos os meios que sirvam a esta finalidade; o direito é um meio para finalidades empíricas.[39] Aqui se torna visível um modelo, não apenas um modelo da história da ciência jurídica, mas principalmente um modelo da história da práxis jurídica. Vira-se Kant de ponta-cabeça, para poder fundamentar com Kant uma teoria empírica do direito. O que para Kant é apenas um amontoado indigno de elementos empíricos, torna-se para os juristas algo inverso: o empírico é o digno fundamento do direito. Com Feuerbach tem início a transposição da metafísica kantiana do direito para dentro da teoria empírica do direito positivo.

Se prosseguirmos para o próximo tipo de literatura jurídica sobre Kant, isto é, à literatura jurídica do neokantismo, principalmente do neokantismo do sudeoeste alemão, chegaremos a uma maneira alternativa de ignorar a crítica kantiana à teoria empírica do direito. É verdade que aqui se aceite e se repita a concepção kantiana da relatividade dos fins empíricos do direito. Todos os fins do direito são relativos e históricos; os juristas da modernidade aprendem isto com alívio de Radbruch (1878-1949), que com isso pensa estar próximo de Kant.[40] Mas faltam a radicalidade analítica e a sagacidade de Kant. Kant tinha visto que uma mera teoria empírica do direito não tem cérebro, que ou se desenvolve uma metafísica jurídica secularizada, ou não será possível direito algum. No neokantismo esta ideia adquire uma expressão trivial, aceitável para os juristas. O que para Kant era algo ruim e politicamente inevitável – a relatividade dos fins do direito – torna-se um dever

---

de Blühdorn, "Kantianer" und Kant, die Wende von der Rechtsmetaphysik zur "Wissenschaft" vom positiven Recht, em: *Kant-Studien* 64 (1973), p. 363 e ss., e o trabalho de Tschrenev, Die Rezeption von Kant's politischem Denken im Liberalismus in der Jenaer Frühromatik, em: Byrd, Hruschka, Joerden, (eds.), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. I, 1993, p. 255 e ss.

39. Feuerbach, *Anti-Hobbes*, 1797, p. 23 e ss., 210 e ss.; especificamente referido ao direito penal, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Parte I, 1799, Einleitung, p. XXV e ss., e *Kritik des Kleinschrodschen Entwurfs zu einem Gesetzbuch für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, Parte II, 1804, p. 5. A opinião de Feuerbach não se encontra isolada, cf. as referências em Lingelbach (nota 38).

40. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 6. ed., 1963, p. 106 e ss., 116 e ss.

para o neokantismo. O relativismo torna-se o dever comodamente realizável dos juristas. Este dever passa a ser a alavanca para qualquer modificação do direito. A necessidade torna-se uma virtude. Se não podemos mais ter um direito justo e constante, então queremos um direito dinâmico, mas "direito" ele tem de ser. E para que esta dinâmica do direito empírico não se torne demasiado sem sentido (em termos kantianos: "sem cérebro"), ela é vinculada à invenção jurídica arbitrária, importante e talvez tipicamente alemã: o comprometimento (*Bekenntnis*). A fórmula de Radbruch, segunda a qual fins empíricos do direito não podem ser objeto de conhecimento, mas sim de comprometimento, adequa-se até à finalidade jurídica mais privada de sentido.[41] A primeira parte desta formulação é kantiana, a segunda nada tem de kantiano. A fuga para o "comprometimento" alivia-nos da tarefa que decorre da crítica de Kant à teoria empírica do direito, a saber, da tarefa de desenvolver uma metafísica secularizada do direito. Agora, no neokantismo, a teoria empírica e relativista do direito não é mais tão sem cérebro quanto ela a rigor deveria ser. Ela surge de um comprometimento. A regra sem cérebro vinculada ao comprometimento: a isto já se pode chamar direito, e com isto escapou-se da radicalidade de Kant.

E no neokantismo realiza-se ainda uma ulterior operação, para poder-se levar em conta a crítica de Kant à teoria empírica do direito, mas aleijá-la em sua honestidade e sua clarividência política. Tal pode ser visto de modo mais claro em Kelsen (1881-1972). Kelsen chamou sua teoria do direito de teoria "pura" do direito, e isto com certa justificação teórica. Todos os fins empíricos são excluídos – também com recurso a Kant. Recusa-se o caminho da metafísica do direito, de modo consequente, mas sem sentido.[42] A rigor, não deveria sequer haver direito. Mas, na teoria pura do direito do neokantismo, o direito ressurge com um aspecto irresistível: como direito positivo, estatutário. O positivismo é o instrumento mais moderno da teoria do direito contra a crítica de Kant à teoria empírica do direito. Segue-se Kant em sua crítica, mas evitam-se as consequências desta crítica, enxergando na teoria empírica e ateórica direito um conteúdo, desde que o direito consiga tornar-se positivo. Isto é de todo contrário a Kant. Kant sabia que a teoria empírica do direito estava vinculada ao direito positivo, mas não considerava esse vínculo algo dignificante para a teoria empírica. Este antikantismo é um pouco absurdo também pelo fato de revalorizar, através do direito positivo, os elementos empíricos da teoria do direito, que não têm qualquer valor. Como pode algo que é vazio ganhar conte-

41. Radbruch (nota 40), p. 100.

42. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. ed., 1960, p. 1, p. 199 e ss.

údo apenas pelo fato de que foi impresso no diário oficial? A positivação nada pode acrescentar ao vazio de conteúdo do direito empírico. Mas os juristas de vários países estão de acordo. O positivismo que se autocarrega é a defesa contra a crítica kantiana à teoria empírica do direito. O que Kant esperava do difícil sucesso de uma metafísica do direito secularizada é fornecido pelo positivismo legal por um preço abaixo do custo.

c) E assim permanece a situação até os dias de hoje. Na teoria do direito, a literatura recua da proximidade relativamente grande do neokantismo à política e se torna mera filologia de Kant. A crítica de Kant à teoria empírica do direito e sua importância para todo o direito que se pratica no século XX permanece ignorada. As exposições da teoria do direito de Kant não diferem muito das exposições dos primeiros intérpretes de Kant; elas ou sequer mencionam a crítica de Kant à teoria empírica do direito, ou o fazem de modo apenas passageiro e inconsequente.[43] Estudos monográficos sobre partes específicas da teoria jurídica de Kant não chegam ao tema, permanecem de todo interpretações

43. Cf.: Lisser, *Der Begriff des Rechts bei Kant*, 1922, que toca apenas rapidamente nas formulações decisivas (p. 15 e ss.); Riter, *Der Rechtsgedanke Kants nach den frühen Quellen*, 1971, que não considera a crítica de Kant à teoria empírica do direito parte do pensamento kantiano sobre o direito, dedicando-lhe apenas algumas indicações (p. 77 e s., 182); similar Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit, Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, 1984; Kühl, *Eigentumsordnung als Freiheitsordnung, zur Aktualität der Kantischen Rechts- und Eigentumslehre*, 1984, que em princípio aceita a crítica de Kant à teoria empírica do direito e torna visível em toda a sua envergadura o problema que daí decorre (p. 244 e ss.). Representativo para o modo atual de lidar com a distinção entre teoria do direito empírica e pura em Kant, Strangas, *Kritik der kantischen Rechtsphilosophie*, 1988, em especial p. VII, nota 1. O texto reconstrói apenas o conceito da teoria pura do direito e discute apenas ele; tal procedimento tornou-se comum, ele simplifica porém os esforços kantianos e ao mesmo tempo os esforços jusfilosóficos a respeito da realidade do direito atual.
O trabalho mais informativo é o de Küster, *Kants Rechtsphilosophie*, 1988, que em seu cuidadoso panorama sobre o estado atual dos estudos sobre a filosofia do direito de Kant não consegue apontar para o tema "crítica à teoria empírica do direito". O livro de Küster demonstra de modo contundente a academização e despolitização do trato com a filosofia do direito de Kant. Uma abordagem diversa, interessada em problemas atuais da interpretação de Kant, encontra-se em Kühl, Rehabilitierung und Aktualisierung des kantischen Vernunftrechts, em: Alexy, Dreier, Ulfrid Neumann (eds.), *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute, Beiträge zur Standortbestimmung, ARSP-Beiheft* 44, 1991, p. 212 e ss.; o resumo de Kühl demonstra, de qualquer maneira, que a crítica de Kant à teoria empírica do direito mal tem qualquer importância na literatura kantiana politicamente interessada.

acadêmicas de Kant.[44] Ficam isolados os que levam o problema a suas últimas consequências.[45] A crítica de Kant à falta de valor da teoria empírica do direito torna-se um lema que não afeta em nada os trabalhos sobre Kant.[46]

---

44. Exemplos: Kiefner, Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, em: Blühdorn e Ritter (eds.), *Philosophie und Rechtswissenschaft, zum Problem ihrer Beziehung im 19.* Jahrhundert, 1969, p. 3 e ss.; Bielefeldt, Strafrechtliche Gerechtigkeit als Anspruch an den endlichen Menschen, zu Kants kritischer Begründung des Strafrechts, *GA* 1990, p. 108 e ss.; Enderlein, Die Begründung des Strafrechts bei Kant, em: *Kant-Studien* 76 (1985), p. 303 e ss.; Lege, Wie juridisch ist die Vernunft? Kants "Kritik der reinen Vernunft" und die richterliche Methode, *ARSP* 1990, p. 203 e ss.; Brandt (Gerechtigkeit bei Kant), Hruschka (Rechtsstaat, Freiheitsrecht und das "Recht auf Achtung von seinen Nebenmenschen"), Ludwig (Kants Verabschiedung der Vertragstheorie), todos em Byrd, Hruschka e Joerden (eds.), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. I (1993), p. 25 e ss., 193 e ss., 221 e ss. O caderno 2/96 do *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* é dedicado à filosofia do direito de Kant; há uma única indicação não desenvolvida à crítica de Kant à teoria empírica do direito (Roellecke, p. 187).

45. Cf. sobretudo Cattaneo, *Metafisica del Diritto e Ragione Pura, Studio sul "Platonismo Giuridico" di Kant*, 1984, p. 5 e ss., p. 181 e ss., em especial p. 185 e ss., e Cattaneo, Menschenwürde und Strafrechtsphilosophie der Aufklärung, em: Brandt (ed.), *Rechspilosphie der Aufklärung*, 1982, p. 321 e ss., em especial p. 329 e ss. Um claro exemplo é a formulação de Zackzyk: "Querer transformar o direito numa clava não apenas nos faz cair em séculos passados como degrada o atual estado a uma situação de ausência de direito" (StV 1993, p. 491). Vide também a indicação de Zackyk, Gerechtigkeit als Begriff einer kritischen Philosophie im Ausgang von Kant, em: Koch, Köhler, Seelmann (eds.), Theorien der Gerechtigkeit, *ARSP*-Beihfet 56, 1994, p. 110. E. A. Wolff, Die Abgrenzung vom Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, em: Hassemer (ed.), *Strafrechtspolitik*, 1987, p. 162 e ss., formula suas considerações partindo de que não se pode questionar a crítica de Kant à teoria empírica do direito. Em Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien*, 1994, p. 63 e ss., em especial p. 68 e ss., fica claro que a pergunta a respeito de "princípios categóricos do direito" pressupõe o sucesso da crítica à teoria empírica do direito. Harzer, *Der Naturzustand als Denkfigur moderner praktischer Vernunft, zugleich ein Beitrag zur Staats- und Rechtsphilosophie von Hobbes und Kant*, 1994, em especial p. 81 e ss., 100 e ss., 113 e ss., propõe uma moldura para a discussão do conceito de direito após o sucesso da crítica à teoria empírica do direito.

46. Cf. o lema do volume I (1993) do *Jahrbuch für Recht und Ethik*, p. VII: a formulação kantiana da falta de cérebro da teoria empírica do direito é literalmente citada, e depois ignorada no restante do livro. Matt, *Kausalität durch Freiheit, eine rechtsphilosophische Grundlegung zum Bewirken durch Tun und Unterlassen im (Straf-)Recht*, 1994, p. 20, considera a formulação de Kant um conjunto de "palavras críticas e provocantes", despolitizando estas palavras depois em favor de uma aproximação moderna, de teoria geral do direito, a Kant.

5.

A pergunta é se podemos resumir o que aconteceu com a crítica kantiana à teoria empírica do direito. O que me interessa aqui não é tanto a soma da literatura secundária, e sim no que se transformou o problema que resulta da aguda análise de Kant, segundo a qual o direito moderno ou é capaz de receber um fundamento metafísico como um direito de conteúdo determinado, mas puro, não empírico e apolítico, ou ele não é direito algum, mas apenas um instrumento de poder orientado por regras.

Um tal resumo já me parece possível.

Fica claro que a radicalidade de Kant foi de há muito posta de lado. Na teoria do direito de Kant, o "empírico" é, de qualquer maneira, algo neutro, nunca algo valioso. O "empírico" no direito mostra apenas o que as pessoas realmente querem do direito. E este querer é tão diverso, tão arbitrário, tão contraditório, que ele não serve para fundamentar o direito. O "empírico", a ideia de fim no direito, pode, para Kant, sustentar o direito como instrumento de poder: o "empírico", a ideia de fim, não pode fundamentar o direito como direito correto e justo. No direito relativo, a liberdade do cidadão individual está sempre exposta ao arbítrio dos demais. Estas ideias de Kant não são cultivadas, muito pelo contrário. O "empírico", qualquer que seja o significado que tem esta palavra, vale muito para a moderna teoria geral do direito.

Não surgiu qualquer tradição da crítica de Kant à teoria empírica do direito. Mais uma vez: a evolução histórica caminha em sentido bem inverso. Os fins empíricos do direito, cuja relatividade e cujo caráter histórico foram sempre relevados pela cultura geral jurídica desde o fim do século XIX, são valorizados de tal maneira que se paraliza a crítica de Kant, sem que seja necessário discuti-la. Para ficarmos na metáfora kantiana: ao ver dos juristas, nem se pode falar em metafísica, tampouco em metafísica como epistemologia, mas se injeta um cérebro nos fins empíricos do direito por meio da positivação. A positivação dos fins do direito toma o lugar da metafísica do direito de Kant. Esta positivação é, na verdade, a moderna metafísica do direito. A teoria empírica do direito ganha seu conteúdo também por meio de uma política constituída com alguma nobreza: ou através do consenso, ou do discurso, ou do procedimento, ou da funcionalidade, ou da autorreferência, ou do que mais os teóricos do direito chegam a imaginar. O único que Kant conseguiu é que, com todos os meios, isto é, com muita energia argumentativa e com silêncio, neutralize-se a força de sua crítica.

O que para Kant era a parte sem cérebro da teoria do direito, tornou-se hoje a parte realmente digna da teoria. O que para Kant era preocupação política a

respeito do caminhar do direito, tornou-se hoje uma visão profissional e sem emoção das estruturas do direito positivo. O empírico, que para Kant era sem valor, passa a ser valorizado – só não se sabe o que é este empírico valioso no direito. Para escapar à crítica de Kant à teoria empírica do direito, teve-se de elevar os fins empíricos do direito, de modo que a teoria do direito pudesse ser mantida como teoria do direito: e tal se conseguiu ao menos na superfície da linguagem jurídica falada e escrita. Mas talvez os esforços tenham sido vãos. Kant foi clarividente: ou enunciados jurídicos metafisicamente conhecidos, ou, se formos tão autoconfiantes a ponto de dispensar a metafísica, apenas regras empíricas fundadas no poder. O fenômeno intermediário: a regra empírica fundada no poder, elevada a direito positivo, é demasiado pálida do ponto de vista teórico, vazia do ponto de vista do conteúdo, pedante do ponto de vista da linguagem, e cômoda do ponto de vista político, para que se possa considerar este fenômeno intermediário direito.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A filosofia do direito e as formas do conhecimento jurídico, de Miguel Reale – *RT* 916/81; e
- O conceito de Direito em Kant, de Carlos Frederico Ramos de Jesus – *RDCI* 63/42.

ESENCIA Y CLASES DEL COHECHO POLÍTICO

1

Essence and types of political bribery

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

Profesor Titular Catedrático de Derecho Penal y Introducción a la Filosofía Moral y Jurídica en la Universidad de Valparaíso (Chile).

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: El cohecho, como concepto, representa una forma del pensamiento jurídico y, a la vez, como delito, una forma determinada por la materia subyacente. Su dependencia de las relaciones culturales informa las clases del delito de cohecho en la historia, enriquecidas en los últimos años con nuevas variedades. El cohecho electoral, muy antiguo, debe ser reorientado hacia sus orígenes en la República romana, o sea, como delito monosubjetivo del sujeto que corrompe o intenta corromper a un elector, el cual, a su turno, realiza una actividad atípica. Por su parte, del moderno cohecho parlamentario, la corrupción de los legisladores, han de responder íncubo y súcubo, como reos de delito contra la integridad de los medios personales de los poderes legiferantes, que en los países llamados latinos es perfectamente punible como cohecho común.

ABSTRACT: Bribery, as a concept, represents a form of legal thought, and as a crime, a type determined by the underlying subject. Its dependence on the cultural relations makes the types of bribery crime evident in history, enriched with new varieties in recent years. Electoral bribery, which is very ancient, must be redirected to its origins in the Roman Republic; as a mono-subjective crime of the subject who corrupts or tries to corrupt a voter, who in turn carries out an atypical activity. On the other hand, the corruption of legislators, from today's parliamentary bribe, must be responded incubus and succubus as s defendant of the crime against the integrity of legislative powers' personal means, which in the, so-called, Latin countries is perfectly punishable as common bribery.

PALABRAS CLAVE: Naturaleza de la cosa - Corrupción - Abuso electoral - Financiación ilegal de la política - Estado de Derecho - Historia del derecho penal - Legislación penal comparada.

KEYWORDS: Nature of the matter - Corruption - Electoral abuse - Illegal political financing - Rule of law - History of Criminal Law - Compared Criminal Law.

SUMARIO: 1. El cohecho como forma del pensamiento jurídico - 2. Noción y clases del cohecho político - 3. La esencia del cohecho electoral - 4. Diversa calidad y problemas del cohecho parlamentario - 5. Recapitulación y consideraciones *de lege ferenda*.

1. EL COHECHO COMO FORMA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO

En su hermoso y sugestivo estudio sobre la naturaleza de la cosa, Gustav Radbruch discurre de este argumento llamándolo una forma del pensamiento jurídico.[1]

La Filosofía neokantiana del Derecho, de la que este autor fue conspicuo representante tanto en la construcción jurídica en general como en la síntesis comprensiva de los elementos analizados de las reglas jurídico-penales, manejó la distinción de forma y materia en el sentido que le fijó Emil Lask, o sea, como independencia de la primera respecto de la segunda. La concepción del Derecho en su conjunto como una forma particular impresa a cualesquiera contenidos de las relaciones intersubjetivas, iba de la mano de la individualidad epistemológica atribuida por los neokantianos a la ciencia que lo estudia, cuya metodología debía partir de la base de que "todo lo que penetra en la esfera del Derecho pierde su carácter naturalista, libre de relaciones valorativas",[2] para impregnarse de un tinte teleológico, del enlace de medios y fines

1. *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*. Versión española, introducción y notas bibliográficas de Ernesto Garzón Valdés. Córdoba, Argentina: Dirección General de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1963. Passim.
2. LASK. *Filosofía jurídica*. Prólogo de Enrique Martínez Paz. Trad. Roberto Goldschmidt. Buenos Aires: Depalma, 1946. p. 71. Allí mismo añade que "lo metodológicamente relevante en esto es que el mundo formado jurídicamente, conoce posibilidades de estructuración completamente distintas, inauditas para la consideración gnoseológica y naturalista y, a menudo también, para la concepción de la vida; y conoce nuevas síntesis, nuevos principios de unidad y de individualización".

jurídicos. Expresado con términos más propios de la versión sudoccidental del neokantismo –en la que militaron precisamente Radbruch y su mentor iusfilosófico, Lask–, tarea de la Dogmática jurídica es ajustar la materia de que se trate a una ordenación de los fines valorados por cada comunidad según el correspondiente estadio de su evolución cultural. Tales fines, contemplados desde el objeto de las normas, reciben la designación convencional de bienes jurídicos, y éstos, a su turno, son determinantes para la interpretación, construcción y sistematización del Derecho.

Yace aquí el dualismo metódico característico de esta Escuela, el contraste entre ser y deber ser, realidad empírica y significación normativa. Sin embargo, es un error concluir de esto que el neokantismo radicalizó desde sus orígenes la separación de los mundos natural y jurídico,[3] con lo que habría preparado las tendencias normativistas en la doctrina penal de nuestros días, a las que, en efecto, sirve de inspiración una acusada autonomía, la impermeabilidad compacta del Derecho y su ciencia frente a los datos de naturaleza y sociedad. Para Lask y sus inmediatos epígonos, Derecho y realidad prejurídica *parecen* estar enfrentados como dos reinos que nunca se tocan; pero, bien mirado, el formalismo distintivo del Derecho no llegó en la obra de estos autores hasta el extremo de la alienación constructivista. Antes bien, Lask se planteó como problema "la *compenetración* de la significación jurídica con el substrato real en el caso *particular*" y, yendo más allá, "la cuestión tan difícil del *amoldamiento de los conceptos jurídicos al substrato prejurídico*". Su conclusión fue que el Derecho tiene que respetar un cierto núcleo de lo dado en el plano psicofísico, en la medida que éste afecta al plano del pensamiento jurídico, y, por otra parte, "que las relaciones de vida ofrecen ya un material típicamente formado, preparado, por lo tanto, para la normación jurídica".[4] Nada de lo cual puede valer como prueba de la exacerbación mencionada y, al contrario, certifica la existencia de un normativismo sumamente atento a las informaciones procedentes del medio natural y social.[5]

---

3. La equivocación se remonta a Welzel, el mayor crítico de la Filosofía de los valores en el derecho penal, en su libro, por demás estupendo, *Naturalismus und Wertphilosophie*, que citamos según la recopilación de obras del autor, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1975. cfr. p. 91 (29-119).

4. LASK, op. cit., p. 74 y 83, respectivamente.

5. Como se observa, entre otros rasgos del neoclasicismo penalista, en su concepto del acto delictuoso, un concepto referido a valores, pero anclado en el substrato psicofísico.

Al mismo enfoque responde la fórmula radbruchiana de una determinación material de la idea. Esto quiere decir que, pese a su independencia gnoseológica, que le permite elaborar autónomamente sus conceptos, la Ciencia del Derecho tiene que asumir que todo deber ser lo es para una determinada materia, por cuyo motivo las formas que adopte quedan también prefiguradas por la última. Aquí, en la delineación del molde de las instituciones y el curso ordenador del pensamiento jurídico, cobran tributación la época y la nación respectiva, las condiciones económicas y sociales de ésta, sus necesidades y aspiraciones valorativas, en una palabra, su cultura.[6] La naturaleza de la cosa, que es sólo otro nombre del condicionamiento material de los conceptos jurídicos, se ofrece, pues, como una solución con que templar el dualismo entre ser y deber ser, realidad y valor,[7] aproximando así las formas puras del pensamiento jurídico a las materias primas sobre las que obra la regulación del Derecho.[8]

Pues bien, la historia del cohecho y sus modalidades en los ordenamientos del presente corroboran la exactitud de esta apreciación filosófico-jurídica. El cohecho es una forma del pensamiento jurídico en general, pero también una forma jurídico-penal determinada por la materia. En cuanto a lo primero, el *concepto* de cohecho se presenta cual un pacto en que una persona da o promete a otra una remuneración, generalmente apreciable en dinero, para que ésta realice algo contrario a su deber o abusando de una prerrogativa suya. Evoca la estructura de la compraventa, mejor dicho, el esquema romanista *do ut facias* o *facio ut facias*, del que ministra una imagen cabal la tesis de la bilateralidad que imperó en los Códigos penales decimonónicos y las definiciones de la doctrina

6. RADBRUCH, Gustav, op. cit., cfr. p. 81-82. El mejor exponente de la dependencia cultural del Derecho fue Max Ernst Mayer, amigo de Radbruch y creador de una teoría que asienta los bienes jurídicos, es más, el Derecho *tout court*, en normas de cultura. Véanse *Normas jurídicas y normas de cultura*. Traducción y prólogo de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 56 y 89-90, y *Derecho penal. Parte general*. Traducción directa del alemán por el Prof. Sergio Politoff Lifschitz, con revisión general y prólogo por el Prof. José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo/Buenos Aires: Ed. B. de F., 2007. p. 41-63.

7. RADBRUCH, Gustav, op. cit., cfr. p. 63.

8. En otra obra Radbruch escribe lo siguiente: "La Ciencia del Derecho presupone una preformación conceptual de su materia; no es producción conceptual primitiva, como las ciencias naturales, sino trabajo conceptual de segundo grado". "Materia del Derecho es la *circunstancia preformada mediante conceptos sociales*". *Rechtsidee und Rechtsstoff. Eine Skizze*, en su *Gesamtausgabe*, obras completas editadas por Arthur Kaufmann. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1993. 20 vols., t. II (*Rechtsphilosophie*, II, preparado por Kaufmann), p. 457 y 458 (453-460).

de la sazón sobre la corruptela de los funcionarios.[9] A su turno, como forma determinada por la materia, el *delito* de cohecho nos muestra una pluralidad de formaciones culturales en que el objeto reprobado, esto es, la materia del convenio, es asimismo múltiple y cambiante, no ya uno fijado de una vez y para siempre. Con las transformaciones económicas, políticas y sociales de la comunidad, y su reflejo en los bienes que su estructura jurídica procura salvaguardar, el cohecho ha pasado de ser lo que históricamente fue y en buena medida sigue siendo, un delito de funcionarios y particulares contra la integridad de los medios personales de la Administración pública, hasta abarcar usos corruptos que ocurren fuera del ámbito de la Administración.

Son numerosos los ejemplos del poder expansivo del cohecho como práctica y de la forma jurídico-penal resultante, que no demorará en su empeño de reobrar sobre aquellas negociaciones ilícitas mediante la acuñación de un tipo y el señalamiento de la correspondiente penalidad.[10] En el derecho histórico nos sale al paso la corrupción de los jueces, esa prevaricación por cohecho que hunde sus raíces en la Antigüedad y el Medioevo, y conserva todavía hoy individualidad en algunos Códigos de linaje hispánico como delito contra la Administración de Justicia.[11] El derecho comparado ha enriquecido

9. Como la de Carrara: "Venta que de un acto perteneciente a sus funciones, y que por regla general debería ser gratuito, hace un oficial público a una persona privada". *Programa de derecho criminal*. Trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1961. 10 vols., t. V de la Parte Especial, p. 94. Por eso se llama cohecho *propio* el relativo a actos del cargo, e *impropio* el que consiste en la ejecución remunerada de irregularidades o delitos en el cargo.
Sobre la teoría de la bilateralidad y su proceso de superación, cfr. Rodríguez Devesa, voz *Cohecho*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona: Seix, 1952. t. IV, p. 358-359 (354-364), y ANTOLISEI. *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*. 2 vols. Nona edizione integrata e aggiornata, a cura di Luigi Conti. Milano: Giuffrè, 1986. t. II, p. 787-788.

10. En cambio, allí donde tarde en aparecer o no surja siquiera la idea de crear el delito que los enfrente, hay un índice de que los manejos en cuestión, o son mirados como lícitos por el ordenamiento jurídico, o bien su antijuridicidad ha sido encerrada en torres de silencio por los grupos dotados de poder o influjo legiferante, para evitar que se sancione actos que convienen a su ideología o les rinden ganancia.

11. Procede de la Ley de las XII Tablas, que penó con la muerte a los jueces venales. Las numerosas disposiciones germánicas de la Edad Media resultaron inútiles para lidiar contra el *Taschenrichtertum* (magistratura venal), siendo digno de mención que fueron artistas alemanes, como Sebastian Brant en su *Nave de los chiflados* (1494), los primeros en dibujar en sus pinturas una venda cubriendo los ojos de la diosa de la Justicia, antaño vidente en la imagen de Temis. Otro tanto cabe predicar de la legislación española desde Las Siete Partidas en adelante. Cfr. Rodríguez Devesa, op.

en los últimos años las figuras inveteradas del maleficio con el soborno de funcionarios púbicos extranjeros o miembros de organizaciones públicas internacionales a propósito de negociaciones supraestatales, y el cohecho en las actividades empresariales y profesiones, moneda común en las legislaciones europeas, pero ausente todavía en las de este lado del Atlántico.[12]

---

cit., p. 355, y RADBRUCH. *Caricaturas de la Justicia*. Litografías de Honoré Daumier. Con un prólogo sobre las obras histórico-literarias e histórico-artísticas de Gustav Radbruch, por Hermann Klenner. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo/ Buenos Aires: Ed. B. de F, 2004. p. 99-100. La prevaricación-cohecho está prevista en los Códigos chileno (art. 223, n. 2.°), separadamente del cohecho en funciones administrativas (arts. 248-251), y Boliviano (art. 173 *bis*), entre los delitos contra la función judicial.

12. Cotejar el silencio legal, que deja sin la condigna punición graves ataques contra el orden público económico, con la plétora de reformas que han introducido en los Estados iberoamericanos el delito de cohecho en negociaciones internacionales, sería un ejercicio muy útil para extraer lecciones sobre el predominio de intereses foráneos en la Política criminal de nuestros países. Se dice que el cohecho de funcionarios extranjeros ofendería la buena fe, regularidad y transparencia, brevemente, el desarrollo normal de las relaciones económicas internacionales. Cfr., entre otros, Prado, Los delitos de cohecho y de tráfico de influencias en las transacciones comerciales internacionales conforme al Código Penal brasileño, en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n. 1, Madrid: enero, 2009, p. 164 (147-173), y Oliver Calderón, Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (Ley 19.829/1999), en la *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, n. 1, p. 43 (39-53). Santiago de Chile: 2003. Sin embargo, el asunto admite otra lectura, menos formalista o inocente, que divisa en el aclamado cohecho internacional una manera de proteger a las empresas de los únicos Estados capaces de vender determinados productos (militares, farmacéuticos etc.) o prestar ciertos servicios (construcción de obras públicas de envergadura, asesorías técnicas de gran complejidad etc.) allende sus fronteras, o sea, los del primer mundo. Y se las blinda por partida doble, ya que las mismas entidades podrán contar con la atipicidad de eventuales injerencias desleales en los mercados internos de Hispanoamérica. Sobre la punición del cohecho y el tráfico de influencias de particulares en el derecho penal de los Estados europeos, véase De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente en el Derecho penal español?, en el volumen *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro de Homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir, Madrid: Tecnos, 2002. p. 257-290. España se sumó hace poco a los ordenamientos de este grupo con la previsión del cohecho entre sujetos privados en los arts. 286 *bis* 1 a 4 del Código de 1995. Cfr. Serrano Gómez y Serrano Maíllo, *Derecho penal. Parte especial*. 15. ed. Madrid: Dykinson, 2010. p. 527-530.

La determinación material de la idea del cohecho se aprecia particularmente en la influencia del objeto sobre la forma punible de la tratativa, lo que en términos político-criminales significa la repercusión del específico bien jurídico del delito, su importancia y necesidad de tutela, en el tipo de injusto. En cualquiera de sus variedades, el cohecho es una especie delictuosa caracterizada por la manifestación de voluntad, a saber, un delito de expresión, entendiendo por éstos "delitos cometidos mediante una declaración provista de contenido intelectual".[13] Ahora, este grupo de infracciones amadriga cinco subespecies, según que la declaración se agote en ella misma, deba ser percibida por un tercero, comprendida por éste, provoque en su destinatario una idea, resolución o sentimiento, o redunde, además, en una actuación del último producida por el que declara.[14] De la materia subyacente fluirá la categoría indicada entre estas diversiformes posibilidades técnicas, las que, a su turno, son decisivas para establecer si el cohecho constituye uno o dos títulos distintos de imputación para los sujetos que intervienen en él, el carácter de la ofensa, como delito de lesión o de peligro, el momento consumativo, la factibilidad de la tentativa etc. Además, la preformación de la materia señalará si para el Derecho ha de interesar más el castigo o la ejecución del hecho. Al cohecho como acuerdo punible conviene lo primero; como delito de incitación, lo segundo.

2. NOCIÓN Y CLASES DEL COHECHO POLÍTICO

Una de estas formas determinadas por la materia está representada por el cohecho político, en parte nuevo, en parte muy viejo en la historia del derecho punitivo.

¿Una o dos? La propia terminología, asaz incierta, con que se mienta el tema, es reveladora de que el cohecho político no se reduce a uno solo, sino oculta una pareja de delitos, provistos de sendos objeto jurídico y sujetos, a los

13. KERN. *Los delitos de expresión*. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1967. p. 22 (con cursivas en el original).

14. Ídem, cfr. p. 50-62. Véase un resumen de estas posibilidades a propósito de otro delito de expresión, en Guzmán Dalbora. *El delito de amenazas*. Santiago de Chile: ConoSur, 1999. p. 170-172. Esta vieja doctrina tiene cierta correspondencia con la teoría de los actos del habla llevada al derecho penal, aunque las alternativas que le proporciona la versión lingüística –actos locucionarios, ilocucionarios y perlocucionarios– es menos rica que la de Eduard Kern. Cfr. Polaino Navarrete y Polaino Orts. *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos del habla y funcionalismo jurídico-penal*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 41-65.

que podemos reunir artificialmente en una noción general que los caracteriza como *ciertos negocios corruptos que sobrevienen en elecciones, votaciones y otros procedimientos de carácter político, sea los que atañen a la soberanía de los Estados singulares*, que es lo más corriente en el Derecho extranjero, *sea aquellos que inciden en la producción normativa de organizaciones políticas supraestatales.*

La primera en desprenderse históricamente de este espectro es la clase del *cohecho electoral*, el soborno de los sujetos titulares de derechos políticos activos que son ejercidos en elecciones y votaciones.[15] También se ha propuesto como nombres "compra de votos", "tráfico de sufragios" y otros todavía. La designación de tales manejos como cohecho tiene a su favor que no los unce al contrato de compraventa, que tampoco fue un requisito típico en el Derecho anterior al siglo XIX, ni a negocio "jurídico" alguno; en contra, que su momento consumativo puede discordar del cohecho común –el delito bilateral o de encuentro de aquella sazón– y, sobre todo, que es esencial en éste e irrelevante para aquél que la dádiva modifique la genuina voluntad del "vendedor", y así, habrá delito aun cuando la intención del sobornante haya sido asegurarse de que el sobornado vote precisamente en el sentido que éste apeteció desde un principio.[16] Sin embargo, como trafica el que tiene algo que comerciar, resulta que esta nomenclatura, si quiere ser consecuente con sus términos, tendría que poner el énfasis en la conducta del elector, en circunstancias que el centro del problema está en el acto de soborno, la instigación dineraria del otro.

Parecidas incertidumbres circundan la segunda y más moderna clase, el cohecho de los sujetos ya elegidos por el pueblo, la corrupción en la

15. La terminología electoral obliga a distinguir la *elección* entre candidatos, brevemente, la designación mediante el sufragio para cargos públicos, y la *votación*, de la que aquí importa, no tanto el voto en sí mismo, que también hay que emitir al interior de los parlamentos o corporaciones políticas, cuanto el sufragio popular en referéndums y plebiscitos. Formulado de otra manera, es la votación en sentido estricto, al paso que la votación en sentido amplio denota la entrega del voto. Por eso el cohecho electoral no incluye en su seno la segunda clase del cohecho político, de la que se habla más adelante en el texto. Cfr. FREUDENTHAL. *Die Wahlbestechung*. Eine strafrechtliche Untersuchung. Breslau: Schletter'sche Buchhandlung, 1896, citado aquí según la reimpresión de Keip/Yushodo, Frankfurt am Main/Tokyo: 1977. p. 51.

16. Por este motivo, Binding, que rechazó lo mismo del nombre que toda analogía con la compraventa, propuso llamarlo "tráfico", y a su autor, "traficante de votos" (*Stimmenschacher*). Cfr. *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*. Besonderer Teil. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1902-1905, que glosamos por la reimpresión de Goldbach: Keip Verlag, 1997. t. II, 2 vols., vol. 2, p. 832.

democracia indirecta.[17] El Código Penal revolucionario francés de 1791, el primer documento en preverlo, impuso la pena de muerte a los miembros del cuerpo legislativo convictos de haber traficado con su dictamen mediante dinero, presentes o promesas.[18] La dicción legal avala el rótulo de "tráfico de votos" para la infracción, pero presenta el dúplice inconveniente de solaparla con el cohecho electoral y limitar sin necesidad la materia de esta segunda clase, que en las formas corruptas de la actividad legislativa va mucho más allá de la burda consistente en poner el legislador un precio a su parecer en las votaciones corporativas. De ahí que resulte preferible denominarla *cohecho parlamentario*, término dotado de la aptitud suficiente para abarcar todas esas desviaciones interesadas de la praxis política, cualquiera que fuere la asamblea en que ocurran (internacionales, nacionales, regionales, provinciales, comunales etc.).[19]

3. LA ESENCIA DEL COHECHO ELECTORAL

Donde quiera que las elecciones y votaciones poseen importancia para la formación de la voluntad popular, base de la soberanía, o sea, en los Estados democráticos, existe el riesgo de que algunos conciban el designio y emprendan la tarea de influir con malas artes en su resultado.[20]

---

17. Contrariamente a la democracia directa, ofendida por el cohecho electoral, en el paralelo de Derecho político propuesto por Maurach Schroeder y Maiwald. *Strafrecht*. Besonderer Teil. 8. ed. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1999. 2 vols., t. II, cfr. p. 360.

18. Art. 7.° de la sección V, segunda Parte. Véase Código penal francés de 1791. Traducción y nota introductoria por José Luis Guzmán Dalbora, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, cit., núm. cit., p. 504 (147-173). Este Código tuvo el mérito de haber separado por primera vez en la historia los delitos de cohecho y concusión (arts. 8 y 14 de las mismas sección y Parte), antes confundidos en el *crimen repetundarum* de la tradición romana. Cfr. GARRAUD. *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*. 3. ed. París: Recueil Sirey, 1913-1922. 4 vols., t. IV, p. 341. En cambio, la tipificación separada del cohecho de jueces y miembros del jurado (art. 9) tiene raíces muy robustas en la historia, como anotamos *supra*, nota 11.

19. El Código alemán, en su parágrafo 108 e, lo designa corrupción de diputados (*Abgeordnetenbestechung*). Pronto veremos que la cabida del tipo adolece, empero, de la limitación apuntada en el texto.

20. El título decimocuarto, libro segundo, del Código suizo, rubrica los delitos electorales como ataques contra la voluntad del pueblo (arts. 279-284), pues allí se busca proteger, en opinión de los penalistas helvéticos, "la participación del ciudadano elector en la formación de la voluntad democrática" o "la realización correcta de una mayoría popular y, en correspondencia con ello, el ejercicio libre y sin injerencias de

Se conoce tres modos de lograr ese fin, que son, a la vez, sendas formas genéricas de ofender el bien jurídico comprometido: el empleo de medios violentos o conminatorios contra los electores, la adulteración o supresión del resultado de la elección (fraude electoral) y, en fin, el cohecho. Va de suyo que este último es el medio más frecuente y eficaz de inclinar una elección, como también de poner en jaque la libertad política que compete a los ciudadanos,[21] o lo que es igual, su derecho de participar activamente, mediante las elecciones y votaciones políticas, en la vida de la comunidad jurídicamente organizada, derecho que comprende, en sentir de algunos penalistas, el del ciudadano elegido a obrar de manera conforme al cargo que se le confirió con el voto.[22]

La milenaria historia del cohecho electoral es de ayuda para captar su esencia, con lo que nos referimos a su cualidad o bien jurídico, aquello que lo distingue de otros títulos de imputación, especialmente de su pariente próximo, el cohecho parlamentario. Prescindiendo de antecedentes en la Grecia antigua, el cohecho electoral fue en Roma una de las múltiples hipótesis, y por cierto que la más grave, del proteico crimen de *ambitus*, la procura ilícita de votos para conseguir alguna magistratura.[23] Era el delito de quienes compran, con dinero u otros regalos, los votos necesarios para las dignidades y los cargos públicos. Acaso ninguna otra infracción puede rivalizar con esta en el tratamiento legislativo que le dispensó el Derecho romano. Numerosas leyes de la época republicana intentaron infructuosamente poner freno a la creciente proliferación del cohecho, que se extendió mano a mano que se profundizaba la crisis de la República.[24] Lo interesante para nuestro tema es que estas

---

los derechos políticos". Son palabras de: TRECHSEL. *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*. 2. ed. Zürich: Schulthess, 1997. p. 907, y STRATENWERTH. *Schweizerisches Strafrecht*. Besonderer Teil. 4. ed. Bern: Stämpfli, 1995. 2 vols., t. II, p. 243, respectivamente.

21. FREUDENTHAL. *Die Walhlbestechung. I. Abschnitt: Die Geschichte der Wahlbestechung*. Breslau: Schletter'sche Buchhandlung, 1895. cfr. p. 1.

22. Así, BINDING, op. et vol. cits., cfr. p. 821.

23. CARMIGNANI. *Elementos de Derecho criminal*. Trad. Antonio Forero Otero, rev. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1979. cfr. p. 335, en la que recuerda el significado del étimo *ambire*, intrigar, ambicionar.

24. En sus últimos años, "las leyes contra el *ambitus* se sucedían unas a otras con rapidez ostensible, como síntoma inequívoco de la agonía de aquel gran Estado y de lo inútil que era la legislación para atajar el terrible mal contra el cual se daban". MOMMSEN. *Derecho penal romano*. Trad. Pedro Dorado Montero. Bogotá: Temis, 1976. p. 534. Parece que las más importantes fueron la *Lex cornelia fulvia de ambitu* (159 a.C.) y la *Lex licinia de sodaliciis* (55 a.C.), que penaron la corrupción con fines electorales

disposiciones, incluso las dictadas durante el Principado y la primera fase del Imperio, declararon punible únicamente el cohecho activo, ya proviniese la incitación del candidato o de sus secuaces, nunca al elector que vendía su voto.[25] Se ha argumentado la razón de la atipicidad desde dos perspectivas, una que observa que siendo los ciudadanos titulares de la soberanía, hubiera resultado contradictorio penarles si se dejaban corromper en las elecciones para cargos públicos, y otra que apela a la concepción patrimonial reinante entre los romanos, según la cual hasta las postrimerías de la República rigió como regla que el ciudadano podía hacer con su voto lo que quisiera, como si fuese parte de su propiedad privada.[26]

Sea de ello lo que fuere, la opción por la falta de tipo en el caso del elector responde a un principio enteramente correcto. En términos actuales, o sea, con arreglo a la Filosofía jurídica de nuestro tiempo, una persona no puede ser simultáneamente sujeto activo y pasivo de un delito ni, en general, ocupar posiciones contrapuestas en idéntica relación jurídica. Delinquir contra sí mismo es una completa aberración en la Lógica jurídica, pone de cabeza para abajo la axiomática del Derecho.[27] A la misma conclusión se llega desde la moderna teoría de la democracia. Quien goza de la titularidad de derechos

---

como crimen capital (sanción conminada, pero no aplicada, desde la Ley de las XII Tablas) y las asociaciones o sodalicios para la compra de votos. Un panorama de la legislación romana en MOMMSEN, op. cit., p. 533-539; FERRINI. Esposizione storica e dottrinale del Diritto penale romano, en *Enciclopedia del Diritto penale italiano.* Raccolta di monografie a cura di Enrico Pessina. Milano: Società Editrice Libraria, 1905. t. I, p. 420-424 (1-428); ARANGIO-RUIZ. *Historia del Derecho romano.* Trad. Francisco de Pelsmaeker e Iváñez. Madrid: Reus, 1980. p. 217-218 y BIALOSTOSKY. Delitos electorales: ambitus, de Roma al Derecho positivo mexicano, en el volumen *El Derecho penal: de Roma al Derecho actual* (VII Congreso internacional y X Iberoamericano de Derecho romano), coordinado por Aránzazu Calzada González y Fermín Camacho de los Ríos. Madrid: Edisofer, 2005. p. 140-143 (139-148). Con todo detalle y profusión de fuentes, FREUDENTHAL, *Die Walhlbestechung. I. Abschnitt...* cit., cfr. p. 3-17.

25. Cfr. MOMMSEN, op. cit., p. 519 y 535, y FREUDENTHAL. *Die Walhlbestechung. I. Abschnitt...* cit., p. 13.

26. FREUDENTHAL. *Die Walhlbestechung. I. Abschnitt...* cit., cfr. p. 5, sustenta la segunda opinión; BERNER. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes.* 3. ed. Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1856. p. 311, la primera.

27. Porque soslaya el principio ontológico-jurídico de contradicción, conforme al cual ninguna conducta puede hallarse, al mismo tiempo, jurídicamente prohibida y jurídicamente permitida. Cfr. García Máynez. *Introducción a la lógica jurídica.* 2. ed. México: Colofón, 1989. p. 42 y 166, y *Lógica del raciocinio jurídico.* México:

políticos activos no disfrutaría de la libertad correspondiente si tampoco le fuese lícito votar como le plazca. En cambio, quien lo corrompe o intenta sobornarlo puede ser legítimamente llamado a responder por cohecho. Y es que esta vez la actuación del elector deja de producirse en la esfera individual o unilateral, como fruto de la conciencia o las convicciones personales, que conviene a dicha libertad, porque las maniobras del tercero introducen motivos espurios en una volición que el Derecho quiere libre.[28]

Por de contado que la desigual sociedad romana no conoció el concepto de libertad política como nos es familiar en el Estado de Derecho. Sin embargo, el sentido individualista de este pueblo consiguió preservar, mientras perduraron las virtudes republicanas, la esencia del cohecho electoral de concepciones poco amistosas con la libertad de las personas. Basta pensar en la suerte del *ambitus* desde que Tiberio quitó a los ciudadanos el derecho de elegir a los magistrados, que con contadísimas excepciones pasan a ser de nombramiento directo del emperador. El antiguo cohecho electoral experimenta entonces una radical transformación que lo convierte en un supuesto del *crimen repetundarum*, como delito del futuro funcionario imperial que perjura al declarar que adquirió el cargo sin corruptelas o protecciones indebidas. En tal calidad, de delito contra el Estado, es comprensible que el Derecho justinianeo considerase penalmente imputables tanto al íncubo como al súcubo. Pero este no es cohecho electoral, sino *nundinatio officiorum*, tráfico de funciones públicas. Tanto menos podía reproducirse en dicha mudanza jurídica el clima político de antaño, si "los sobornados no son más ciudadanos romanos libres e independientes, como en la época de la República, sino cortesanos imperiales y funcionarios".[29] Yace

---

Fontanamara, 2007. p. 203, donde subraya que los actos regulados por el Derecho no pueden ostentar, a la vez, los atributos positivo y negativo de la licitud e ilicitud.

28. Aunque perfectamente pueda y suela ser interesada. La mayoría de los votantes de cualquier país acarician la esperanza de que el sufragio mejorará o, a lo menos, no empeorará su situación individual y familiar. Sólo que el Derecho busca que esa voluntad no sea tergiversada por el concurso malicioso de otros, cuya presencia suscita de inmediato la sospecha de que la decisión del elector ya no es más lo que debió ser. No bien cede a las insinuaciones de la venalidad, éste deja de poseer la libre disposición de su voto; queda comprometido internamente por su promesa, "como un deudor de obligación natural". FREUDENTHAL. *Die Wahlbestechung*... cit., p. 53. Por lo demás, un fenómeno análogo se presenta en los Códigos que castigan el auxilio o la inducción al suicidio, acto en sí mismo lícito, como explicamos en nuestro libro *Cultura y delito*. Bogotá: Temis, 2010. p. 26-27.

29. FREUDENTHAL. *Die Walhlbestechung. I. Abschnitt*... cit., p. 16. Véase, además, BIALOSTOSKY, op. cit., p. 143.

aquí el *ambitus* que heredarán los siglos del Derecho común, una degeneración en la que se perdió por completo la estampa original del delito y que, aliada a la simonía eclesiástica, tan corriente en el Medioevo, hizo de él una ofensa a la autoridad del monarca.[30]

No sólo eso. Cuando reaparece a remolque de la institución de las repúblicas y monarquías constitucionales, entre finales del siglo XVIII y principios del XIX, el peso de la inteligencia autoritaria del cohecho electoral se hizo sentir así en los Códigos como en la escuela criminalista del período clásico. Por lo pronto, el influyente cuerpo punitivo francés de 1810 lo regula, con notorio acento público-estatal, entre los delitos contra la Constitución. Pese a lucir allí como uno relativo al ejercicio de los derechos cívicos, giro que evoca el principio de la soberanía popular, su proximidad topográfica con los delitos contra el Estado es innegable. También el concepto inspirador lo aleja de la libertad política, toda vez que se castiga a todo ciudadano que, en las elecciones, hubiere comprado o *vendido* un sufragio por un precio cualquiera (artículo 113).[31] Algo

30. Al Derecho canónico fue ajeno el cohecho electoral. Sin embargo, la consecución por precio de los cargos eclesiásticos era castigada como simonía, el comercio de cosas espirituales o conexas a éstas con bienes seculares. Por este crimen respondían las dos partes del pacto simoníaco, ya que el tipo estaba construido sobre la base del ajuste efectivo del acuerdo de intercambio de las prestaciones, como compraventa, permuta o cualquier otro contrato oneroso y bilateral. Cfr. SCHIAPPOLI. Diritto penale canonico, en *Enciclopedia del Diritto penale italiano*, op. et vol. cits., p. 868-869 (611-697), y FREUDENTHAL. *Die Walhlbestechung. I. Abschnitt*... cit., p. 17-21.
Acerca de la decadencia del *ambitus* en el Derecho comunal italiano y su castigo como lesión a la autoridad administrativa del Estado, véase Florian, Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti. Delitti contro la libertà individuale, en el *Tratatto di diritto penale* coordinado por el mismo Florian. Milano: Vallardi, 1936. p. 24. Su homólogo en el Derecho común de Alemania, llamado *Amtserschleichung* (consecución obrepticia de cargos), en Feuerbach. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. cfr. p. 152-153.

31. La introducción del sufragio universal, que multiplicó las posibilidades de su comisión, al revés del odioso sistema censitario, y la consiguiente complejidad que adquiere el sistema electoral durante el ochocientos, llevó a incardinar el cohecho en la legislación especial, primero en 1852 y luego en 1914. Cfr. GARRAUD, op. et ed. cits., t. III, 1916, p. 612-613 y 628-630. Son muchos los países que lo relegarían a las leyes electorales, aduciendo su dependencia de cambiantes condiciones históricas. Es una solución lamentable, no ya porque los delitos electorales lesionen "el principio mismo de soberanía sobre el cual se asienta la organización del Estado", como pretende Sebastián Soler en la Argentina, nación que la sufrió, sino porque desmerece la importancia de aquéllos como ofensas de la libertad política de los ciudadanos, a la

parecido se lee en los textos que emularon al napoleónico, por ejemplo, el prusiano de 1851 (§ 86) y el imperial alemán de 1870 (§ 109).[32] También los penalistas de aquellos años aprobaron la idea de sancionar a entrambos sujetos como agentes de delito contra la Justicia pública, en la teoría de Carmignani y Carrara, o contra los órganos del Estado, parecer unánime de los criminalistas alemanes.[33]

Prescindiendo del espíritu más liberal del primer criterio, de lo que brindan demostración las críticas que mereció al tecnicismo jurídico italiano, escuela que atrajo sin tapujo ni remilgos los delitos electorales a la férula estatal en cuanto lesión de la organización política de la sociedad,[34] lo cierto es que la subordinación del cohecho en las elecciones a los intereses del Estado sigue viva en no pocas legislaciones de nuestros días, que por eso no trepidan en penar indistintamente a agente y paciente del voto mercenario, como las

---

vez que fomenta su descuido científico. La cita de Soler, en *Derecho penal argentino*. 4. ed. Actualizada por Manuel A. Bayala Basombrio. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1987. 5 vols., t. IV, p. 14.

32. De nuevo, entre los delitos contra el Estado, no obstante que el capítulo que lo alberga (el V de la segunda Parte) lleve la misma leyenda gala, "crímenes y delitos relativos al ejercicio de derechos políticos". La redacción aludía al que, en un asunto público, compra o vende un voto electoral, y provocó el enojoso debate acerca de si el delito se consuma con el acuerdo de voluntades –opinión mayoritaria– o la emisión del voto en la elección, como insistió Binding. Cfr. FREUDENTHAL. *Die Wahlbestechung*, op. cit., p. 47-49; BINDING, op. et vol. cits., p. 833-634, y FRANK. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. 16. ed. Tübingen: Mohr, 1925. p. 259. Ambas tesis estaban lastradas por la teoría de la bilateralidad del cohecho, aún presente en el tipo germano, que no hacía justicia a la materia de la regulación y, por ende, era inconveniente desde el punto de vista político-criminal.

33. Cfr. CARMIGNANI, op. cit., p. 335; CARRARA, op. et vol. cits., p. 25, y LISZT. *Traité de Droit pénal allemand*. Trad. René Lobstein. Paris: Giard & Brière. 2 vols., t. II (*Partie spéciale*), p. 390-392. La teoría de Carrara y Carmignani es un residuo de la concepción bizantina del cohecho como delito contra los cargos públicos, hasta el punto de que Carrara consideró autor principal al elector y simple cómplice al intrigante, exactamente como en el cohecho común de entonces (ídem, cfr. p. 37).

34. Cfr. FLORIAN, op. cit., p. 124 y 151-152, con visible simpatía por las concepciones germánicas, y ROCCO. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena*. Traducción, Prólogo y Notas de Gerónimo Seminara. Montevideo/Buenos Aires: B. de F., 2005. p. 623, 624 y 627. El entendimiento de los derechos políticos, incluidos los electorales, como derechos públicos subjetivos del individuo, no impidió a Rocco acoplarlos a los bienes jurídicos...¡del Estado! (ídem, p. 621).

de Alemania, Austria, Brasil, Colombia, Chile, Italia, Paraguay, Portugal y Suiza,[35] y, por cierto, entre los especialistas que se pronuncian por un bien jurídico de titularidad colectiva, no individual, como materia de la ofensa, llámeselo "objetividad del voto de los ciudadanos", "formación de la voluntad democrática", "proceso electoral" o como se quiera.[36] Hay para dolerse de que el ambiente ideológico que vertió en Constituciones y Códigos penales la libertad política teorizada por los hombres del setecientos, o sea, el mundo contemporáneo, haya cedido a la tentación de hipostasiar el concepto de soberanía hasta robarlo a sus legítimos titulares, cada uno de los miembros del pueblo. Con todo, dado que en la defensa de la impunidad del elector que se deja seducir existe, según pensamos, un firme sostén para recuperar en la disciplina penalista la libertad en palabra, devolviéndola a quienes pertenece, es recomendable hacer el repaso de algunos argumentos a favor de esta determinación legislativa, que enalteció en el pasado a la República romana.[37]

a) La punición del votante es técnicamente imposible si el cohecho electoral está estructurado como ese delito de encuentro o bilateral que menudeó en las legislaciones decimonónicas. Y lo es tanto si la consumación exige la realidad del sufragio, como si se anticipa al instante en que el ciudadano acepta la proposición del otro. En el primer caso, porque el carácter secreto del voto

35. Código penal alemán (1975), parágrafo 108 b; Código penal austríaco (1974), parágrafo 265; Código electoral brasileño (Ley número 4.737, de 15.07.1965), artículo 299; Código penal colombiano (2000), artículo 390; Ley chilena número 18.700, de 06.05.1988, sobre Votaciones populares y escrutinios, artículo 137; Decreto italiano número 361, de 30.03.1957, que aprueba el Texto único para la elección de la Cámara de Diputados, artículo 96; Código penal de Paraguay (1997), artículo 280; Código penal portugués (1982), artículo 341; Código penal suizo (1937), artículo 281.

36. Por la primera expresión, TRÖNDLE. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 48. ed. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997. cfr. p. 717; por la segunda, Foregger y Fabrizy. *Strafgesetzbuch*. Kurzkommentar (fundado por Gerhard Kodek). 7. ed. Wien: Manszshe Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1999. cfr. p. 695; por la tercera, Muñoz Conde. *Derecho penal. Parte especial*. 11. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. cfr. p. 750.

37. En este orden de ideas, merece plácemes el sistema de Alfredo Etcheberry Orthusteguy, quien examina los delitos electorales chilenos como ofensas a la libertad "en su aspecto político", al final de los delitos que afectan a las demás manifestaciones de la libertad individual. Sin embargo, queda deudor de una explicación que concilie la punición del cohecho pasivo con la libertad de sufragio. Cfr. *Derecho penal*. 3. ed. rev. y actual. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998 (según la cubierta, 1997). 4 vols., t. III, p. 281-284.

impediría establecer la relación causal entre instigación e instigado;[38] en el segundo, porque, siendo un elemento constante de los tipos de cohecho electoral el tráfico de *votos*, gana fuerza la antigua objeción de Binding, de que "no existe voto alguno fuera del acto electoral",[39] con lo que volvemos al primer supuesto y se mantiene circundada de penumbras la eficacia de la oferta.

b) La punición del votante es materialmente contradictoria si el cohecho electoral queda configurado como dos figuras monosubjetivas independientes entre sí, que se consuman, para el corruptor, con el conocimiento de la propuesta por el destinatario y, para el corrupto, con su aceptación.[40] Esta es la tónica de la figura en su expresión actual, de delito de peligro (concreto). Sin embargo, aducir que ambos sujetos vulnerarían el orden democrático, la igualdad en los procesos eleccionarios, la objetividad de las votaciones etc., para cohonestar una punición indiscriminada, pasa por alto que el verdadero y único autor de la ofensa es el que intenta torcer mediante dádivas la voluntad del derechohabiente político. Éste, si llega a votar movido por la remuneración,

---

38. Es verdad que el secreto del voto se arguye también para afirmar la irrelevancia de que el elector vote o se abstenga como deseó el corruptor. Así, entre muchos otros, Foregger y Fabrizi, op. et ed. cits., cfr. p. 701. Sin embargo, este corolario suprime o complica considerablemente la posibilidad de apreciar una estafa, la del burlador burlado, en lugar del cohecho electoral. Las reservas mentales y francas acciones concluyentes de engaño por electores que simulan venderse sólo para recibir la paga, llenan páginas y páginas de la historia de las votaciones. Para el caso chileno, véase Sofía Correa Sutil, *Con las riendas del poder – La derecha chilena en el siglo XX*, Santiago de Chile: Editorial Sudamericana, 2004, p. 241, que reseña la pérdida de las elecciones presidenciales de 1938 y las parlamentarias de 1941 por la oligarquía del país, que había invertido sumas considerables en la compra de votos. Más astutos, los delincuentes romanos depositaban el precio pactado en una persona de confianza, el *sequester*; éste pagaba tras la conclusión del acto electoral y de verificar que los votos fueron dados de acuerdo con lo convenido. Cfr. FERRINI, op. cit., p. 421. Se sabe que en algunos países sudamericanos el procedimiento de verificación consiste hoy en una fotografía del voto, tomada por el elector con su teléfono portátil inmediatamente después de marcarlo.

39. Pues este –prosigue– es el momento en que se ejerce y confirma en términos prácticos el derecho del ciudadano elector. Op. et vol. cits., p. 833. Y no le faltó razón, ya que los votos y las votaciones son elementos normativo-jurídicos, no descriptivos del tipo.

40. O solicitud, pues análogamente al moderno cohecho en la Administración pública, hay ordenamientos, *v. gr.*, el alemán y el austríaco, que consultan una variante "activa" del cohecho pasivo, pedir (*fordern*) la ventaja.

abusará de su derecho; sin embargo, la sanción político-administrativa del abuso –la nulidad del sufragio– es suficiente reproche de su proceder en un ordenamiento que alzaprima la libertad política como bien individual de los ciudadanos. Penarle como reo de delito electoral equivaldría a reconocer que los derechos políticos pertenecen, no a él, sino al Estado, que la voluntad importante tampoco es la suya, sino la de la nación, que su comportamiento menosprecia un bien jurídico supraindividual.

c) La experiencia histórica y, hasta cierto punto todavía, el presente de los procesos electorales en los países poco o derechamente infra desarrollados. Desde la irrupción del sufragio universal, cohecho y fraude han sido pieza clave en la conservación del poder por los grupos hegemónicos, que antaño montaban gigantescas operaciones de compra de votos, con fondos privados o públicos, en las ciudades y el medio agrario,[41] desembozada o subrepticiamente, pero siempre aprovechándose de las necesidades de las capas más menesterosas de la población.[42] En estas circunstancias, librar de pena al infeliz que sufraga para no perder su trabajo o aliviar el apremio económico, de salud o vida que gravita sobre él y su familia, sólo es hacedero si se reúnen los requisitos del estado de necesidad justificante, lo que, sin embargo, puede tropezar con la objeción de que el medio empleado para la salvaguarda del bien más valioso no era el único ni el menos lesivo de los disponibles, argumento al que acudirán

41. Más en las primeras que en el segundo, por la sencilla razón de que la estructura latifundista determina, allí donde existió o existe todavía, que la voluntad del terrateniente es ley para peones, inquilinos, braceros, etc., que dependen de él. No necesita comprar a quienes de todas formas ya le pertenecen, sino sólo acarrearlos al lugar de votación.

42. Para el caso chileno, en que el cohecho fue la tónica de los procesos electorales desde 1890 hasta 1960, con cotas altísimas en el período político que culmina en 1925, véanse Collier y Sater, *Historia de Chile (1808-1994)*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 174-175 (interesantes para comprender las maniobras de los terratenientes en el campo); Cruz-Coke, *Historia electoral de Chile 1925-1973*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1984. p. 28-29 y 119-121 (las reformas electorales como una de las causas de la decadencia de los partidos de derecha); Heise González, *Historia constitucional de Chile*, 2. ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1945, p. 123 (el sufragio universal robusteció indirectamente a las fuerzas plutocráticas, las únicas capaces de cohecho); Felipe Portales, *Los mitos de la democracia chilena*, Santiago de Chile: Catalonia, 2010, 2 vols., t. II, p. 388-390 (que prosiguen la escalofriante descripción del fenómeno en el volumen primero, de 2004), y Urzúa Valenzuela, *Historia política de Chile y su evolución electoral* (desde 1810 a 1992), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 305 y 386; Además, Correa Sutil, op. cit., p. 75-80.

gustosos los idólatras del predominio del Estado.[43] También esto habla en pro de la superioridad de la solución de la falta de tipo para el elector. Por cierto, si la propaganda electoral ha desplazado el cohecho a un segundo plano, éste igual se ha dado maña para subsistir, sea como tal –aunque en menor medida y menos descarnadamente que otrora–, sea en la forma indirecta de pingües anuncios dirigidos *coram populi* por los candidatos a gentes que desconocen o desdeñan la regla de sabiduría de la vida que enseña que quien es pródigo en promesas suele ser mezquino en cumplirlas.[44]

d) Una elemental cuestión de táctica probatoria y, en el fondo, de estrategia político-criminal avala finalmente la conveniencia de prescindir de un tipo en la situación del sobornado. En efecto, si se conmina penas para el elector, nadie habrá interesado en denunciar el cohecho, como tampoco existen delatores en un régimen de punición absoluta del aborto. Por los delitos monosubjetivos del instigador y del instigado responderán, no sólo entrambos autores individuales, sino los coautores y partícipes del primero, además de los codelincuentes del segundo.[45] Es la consecuencia inevitable de la autonomía de los tipos entre sí. Y a la ausencia de denunciantes hará sorda compañía el ayuno de testigos del hecho, un ambiente de silencio en el que no se oirá la voz de los candidatos perjudicados por el cohecho, cuando éstos o sus adláteres posean su propia maquinaria de corrupción electoral.

A la luz de lo que hemos expuesto hasta este punto, hay que aplaudir la legislación de un país de acendradas convicciones liberales, el Uruguay, con su inteligente abstención de pena respecto del elector.[46] Otras naciones que

---

43. Para limar la dureza de la ley penal, Freudenthal adujo la falta de dolo en el elector que oculta sus verdaderas intenciones de voto al patrón o acreedor y acepta, por necesidad, la paga. *Die Wahlbestechung*, cit., cfr. p. 54.

44. *Lunga promessa con l'attender corto*. DANTE. *La divina comedia*, Infierno, XXVII, 110. Parécenos muy dudoso que esas promesas generales sean socialmente adecuadas cuando el que las formula es consciente de su mendacidad, al contrario de la voz común en Alemania. Sí es indudable que, por más que ofendan la legitimidad jurídico-política, nunca han encajado en el concepto de cohecho, delito que exige un lucro individual derivado de un concreto acuerdo antijurídico entre las partes. Cfr. CARRARA, op. et vol. cits., p. 29, y TRÖNDLE, op. et ed. cits., p. 718.

45. Porque en la actualidad no rige la limitación del Derecho romano, que excluyó de pena a los auxiliadores del corruptor, salvo los casos del *crimen sodaliciorum*. Cfr. MOMMSEN, op. cit., p. 535.

46. La Ley número 7.812, de 16.01.1925, modificada por la Ley número 17.113, de 09.06.1999, sanciona como delitos electorales, entre otros supuestos, "el ofrecimiento,

han padecido el mal, España, México y Perú, han preferido asimismo castigar al personaje primordial de la depravación de la libertad política.[47] Y existen incluso algunas que consideran indicado pasárselas sin delito de cohecho electoral, ni siquiera tratándose del obscuro protagonista, como Argentina y Bolivia.[48] Esto, acaso, va demasiado lejos.

4. DIVERSA CALIDAD Y PROBLEMAS DEL COHECHO PARLAMENTARIO

Llamamos cohecho parlamentario a la corrupción de los representantes del pueblo o de Estados, en los procesos normativos que acontecen al interior de asambleas legiferantes de carácter político, sean éstas comunales, provinciales, regionales, nacionales o supraestatales.

A diferencia del cohecho electoral, en la perversión parlamentaria está plenamente justificado el castigo del particular, funcionario o autoridad que solicita bolsa en mano el voto u otra actuación del representante público en las tareas de su cargo, como el de éste al cumplirlas por precio. Puesto que el bien ofendido es idéntico para los dos individuos, posee índole colectiva y, por ende, resulta indisponible. Obsérvese, empero, que ese bien no consiste en la objetividad de las elecciones y votaciones en los parlamentos, como a veces se afirma,[49] porque aquellos actos tienen por antonomasia una significación

promesa de un lucro personal o la dádiva de idéntica especie, destinados a conseguir el voto o la abstención del elector" (artículo 191, número 7.°).

47. La Ley española número 5, de 19.01.1985, sobre Régimen electoral general, somete a pena a "quienes por medio de recompensas, dádivas, remuneraciones o promesas de las mismas [sic], solicitan directa o indirectamente el voto de algún elector, o le induzcan a la abstención" (art. 146, 1, *a*). El nuevo Código penal federal de México (2002) contempla entre sus "delitos contra la democracia electoral" el hecho de "solicitar votos por paga, dádiva, promesa de dinero u otra recompensa" (art. 353, apartado VI). Y el Código peruano de 1991 considera delito "contra la voluntad popular" el acto del que, "mediante dádivas, ventajas o promesas, trata de inducir a un elector a no votar o a votar en un sentido determinado" (art. 356).

48. El Decreto argentino número 2.135/1983, que aprueba el texto ordenado del Código electoral nacional, contenido en la Ley número 19.945 y sus modificaciones, reprime la coacción y la inducción engañosa de electores (artículos 139, *a*, y 140), pero nada que semeje al cohecho. La atipicidad de éste es tradicional en Bolivia, maguer su historia de "cheques electorales", y la confirma la Ley número 26, de 30.06.2010, sobre Régimen electoral. Castiga el traslado fraudulento de personas con finalidad de inscripción o sufragio (art. 238, letra *i*), mas no el cohecho en los delitos contra la "Democracia intercultural".

49. De tal opinión, Maurach; Schroeder; Maiwald, op. vol. et ed. cits., cfr. p. 366.

política, que les infunde el espíritu de parcialidad o subjetividad que es inherente a su substancia. Tampoco es correcto invocar la igualdad de oportunidades de los ciudadanos en orden a influir en los procesos legislativos, elucubración que no es sino un efugio que escamotea la médula del asunto y halla miserable fracaso donde quiera que las corruptelas parlamentarias devienen fenómeno generalizado.[50] Tanto menos se compartirá el parecer que asigna el objeto de la tutela a la confianza pública en la incorruptibilidad del ejercicio de estos cargos y la capacidad funcional de los parlamentos,[51] ni la idea de que el cohecho parlamentario vulneraría la transparencia en la formación del la voluntad política,[52] posturas que se inscriben en el criticado efecto de evaporación de los bienes jurídicos resultante de construcciones de huero conceptualismo, amén de revestidas con un lenguaje inapropiado.[53] En realidad, el bien vulnerado por el cohecho parlamentario coincide con el del cohecho en la Administración en general, a saber, la integridad de los medios personales en el cumplimiento de funciones públicas, que en el presente ejemplo son decididamente políticas.[54]

Es claro que la integridad en los cargos parlamentarios está condicionada por la materia respectiva, la que a su vez oscila con el péndulo de la historia.

---

50. En esto estamos de acuerdo con Maurach, Schroeder y Maiwald, ibídem.

51. RUDOLPHI. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Besonderer Teil. 6. ed. Neuwied/Kriftel/Berlin: Luchterland, actualizada a mayo de 1998, 2 vols., capítulo IV, cfr. p. 22. El autor critica esta interpretación, que corresponde a las intenciones del legislador alemán, y se decanta por las condiciones internas y externas del funcionamiento de la representación popular.

52. Así, Nieto Martín. El concepto de empleado público, en el volumen *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Coordinado por Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, cfr. p. 93 (88-101).

53. La cualidad de transparente se predica de ciertos cuerpos, que por eso se denomina translúcidos; también de los conceptos, cuando éstos son claros y se los comprende sin ambigüedad; pero nunca de funciones ni de personas, ni siquiera en sentido figurado. El lenguaje político de la hora, y mucho nos tememos que el jurídico, se ha convertido en doncel de la jerga folletinesca.

54. Lo admite como elemento compartido por los cohechos en la Administración y el Parlamento, Nieto Martín, op. cit., cfr. p. 93-94. Para el cohecho tradicional, cfr. Córdoba Roda. El cohecho de funcionarios públicos, en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*. Barcelona: Bosch, 1983. 2 vols., t. I, p. 175-176 (175-190), y Loos. *Del "bien jurídico" en los delitos de cohecho*. Traducción y notas de José Luis Guzmán Dalbora, en *Estudios filosófico-jurídicos y penales del Prof. Dr. Fritz Loos. Homenaje a sus 70 años*. Volumen coordinado por Kai Ambos y Hennig Radtke. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008. p. 143-162.

En el Estado moderno no existe el *cursus honorum* de la Roma republicana, ni nada que se parezca al servicio gratuito y simplemente honorífico de funciones públicas.[55] Los parlamentarios –diputados, senadores, regidores, consejeros provinciales etc.– perciben una dieta por su labor, retribución que en muchos países supera las magras condiciones dietéticas y, antes bien, puede ser cuantiosa. Estos mismos sujetos están autorizados por el Derecho para aceptar ocasionalmente obsequios oficiales, protocolares o nativos de la cortesía y las buenas maneras, que les son entregados en consideración de su función. Pero todo lo demás, o sea, cualquiera otra remuneración o recompensa que se les ofrezca o pague por las actividades propias de la investidura pública, es antijurídico y, en ciertos casos, delictuoso, lo que vale independientemente de que el Derecho político del país prohíba o permita a los mandatarios populares el ejercicio de profesiones, empresas o empleos privados mientras dura su mandato. Pues bien, al margen de los delitos generales en las funciones públicas, como la malversación, el fraude al Estado, las negociaciones incompatibles o el enriquecimiento ilícito, aquí apremia despejar la posibilidad de que cometan cohecho, en otras palabras, la aplicabilidad de los tipos de cohecho a los miembros de parlamentos.

Si para comprender la esencia del cohecho electoral fue necesario recurrir al Derecho histórico, la naturaleza del cohecho parlamentario aconseja arrojar una mirada al Derecho comparado actual, dada su relativa novedad en el catálogo de delitos de algunos ordenamientos.[56] El caso paradigmático y más estudiado es el alemán. Alemania reintrodujo el cohecho de los diputados en 1994, tras un largo vacío legal que se remonta a una reforma de 1953.[57] La laguna había sido dejada deliberadamente intacta y consiguió resistir a varios intentos de taparla debido a la tenaz oposición que despertaron entre los parlamentarios, favorecidos por el privilegio de ser inalcanzables a los delitos de cohecho.[58] Las razones para mantener el *statu quo* fueron de diverso jaez, manifiestas y latentes o, si podemos expresarnos así, confesables e inconfesables. El motivo declarado apuntó a la exigencia constitucional de preservar el principio del mandato representativo, al que sirve de escolta la inmunidad penal de sus

55. Los oficios concejiles, obligatorios para los ciudadanos, se miran como una "carga" antes que un cargo, y no forman parte de carrera pública alguna.

56. Inglaterra lo introdujo en 1965; Alemania, en 1994, como registramos acto seguido en el texto. Existe también en Grecia. Cfr. Nieto Martín, op. cit., p. 91.

57. El proyecto de tipificación, fruto de una moción parlamentaria, puede consultarse en *Deutscher Bundestag*. 12 Wahlperiode. Drucksache 12/1739, 05.12.1991.

58. Cfr. TRÖNDLE, op. et ed. cits., p. 718.

titulares por los votos que emitan o las declaraciones que formulen en el *Bundestag* o sus comisiones (artículo 46, 1, de la Ley fundamental de 1949). Mal argumento, a decir verdad, pues desde la obra de Freudenthal, anterior en medio siglo a la modificación de 1953, se sabía que la punición del diputado que vende el voto no está vedada por la cláusula de inviolabilidad. Ésta lo protege por el acto de votar u opinar, mas nunca de las consecuencias penales de una acción anterior al sufragio y separable de él.[59]

La escasa cabida del tipo que se aprobó finalmente en 1994 saca a flote los motivos implícitos de la reluctancia a asociar pena al tráfico remunerado de intervenciones, dictámenes y votos en las asambleas legislativas. El parágrafo 108 e del Código Penal ordena imponer privación de la libertad hasta por cinco años o multa a quien intenta comprar o vender un *voto* en una *elección* o *votación* en los Parlamentos europeo o federal, en una asamblea representativa de los Estados federados, municipios o mancomunidades municipales. Es una figura legal tan enjuta y rodeada de un mar de ilicitudes de tal extensión y hondura,[60] que pronto levantaría la crítica de ser un paradigma del denominado derecho penal simbólico, la añagaza consistente en presentar como "aporte a la higiene política" –esto es, a la corrección de sus malas prácticas– un mero afán de deslavar en el concepto público la imagen que proyectan los parlamentarios en la sociedad, parecidamente a la prohibición romana de que los aspirantes a ser electos se presentasen en sitios públicos vestidos con hábitos blanqueados.[61]

La estrechez del delito fluye doquier se lo examine. Primero, la cláusula que encierra los núcleos típicos alternativos, comprar o vender, ciñe el medio para lograr la acción nada más que a los beneficios materiales o pecuniarios, a diferencia del cohecho común, donde por *Vorteile* (ventajas) se entiende

---

59. *Die Wahlbestechung*, cit., cfr. p. 51. Para la doctrina contemporánea, véase, por todos, Eser, en Schönke y Schröder. *Strafgesetzbuch*. 25. ed. Kommentar. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997. p. 1016.

60. Al envilecimiento de la actividad legislativa, atestiguado por los hechos de la realidad parlamentaria, bien cuadra el comentario de Antonio Machado en *La tierra de Alvargonzález*: "la maldad de los hombres es como la Laguna Negra, que no tiene fondo".

61. De lo que deriva el nombre *candidatus*, que significa "el que va vestido de blanco", condición impuesta por el Derecho romano a los aspirantes, por modo que no llamasen la atención con túnicas de brillantes colores.
Censura vivazmente el delito alemán Stephan Barton, en su artículo *Der Tatbestand der Abgeordnetenbestechung (§ 108 e StGB)*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, cuaderno 17, p. 1098-1101.

cualquier clase de prestación que aparezca apetecible para el funcionario.[62] Todavía más elocuente es la raquítica esfera de las circunstancias a que se refiere la acción, es decir, las votaciones o elecciones dentro del parlamento, sea en las sesiones plenarias o de comisiones. En verdad, el proceso legislativo jamás es un acto único. Se llama proceso justamente porque con la aprobación de la ley mediante el voto global de la Cámara culmina una serie de actos que prepararon ese instante, ordenada en etapas que van desde la moción de un proyecto, pasando por la discusión en comités y sala, hasta llegar a la sanción, promulgación y publicación, las dos últimas confiadas al Poder ejecutivo. Las inconductas del parlamentario, pues, pueden darse no sólo al votar o elegir, sino cuando apoya u obstaculiza una iniciativa legal en sus pródromos, la defiende o lidia durante los debates, incluso después del envío de la ley ya sancionada para su promulgación.[63] En seguida, el tipo excluye de su ámbito las intervenciones maniobreras del legislador como miembro de su bancada en la preparación o el seguimiento de un proyecto, o en su circunscripción electoral, porque éstas son agrupaciones que no integran el parlamento como tal.[64] Además, las sumas que él perciba a título de donativos o sobresueldos por su papel como consejero o asesor, y las que se le entregue para el cuidado general del bienestar del país o de la zona territorial que él representa, o sea, sin relación con actos concretos del cargo, como exige la figura, tampoco encajan en ella, nuevamente a contrapelo del cohecho de los funcionarios de la Administración alemana.[65] Por último, es atípico el cohecho *subsequens*, la ventaja que se solicita o acepta después de haber emitido el voto a favor del tercero que la proporciona como una suerte de premio.

Esto aparte, la raíz del problema de la atipicidad del cohecho parlamentario y su esquelética reaparición en el Código, se hunde en una cuestión técnica, siquiera las opciones técnicas envuelven siempre en el Derecho una determinada actitud política. En efecto, los diputados del *Bundestag* no son considerados funcionarios en el concepto del parágrafo 11, apartado 2, letra "c", del Código Penal, pues allí se habla de quienes son nombrados para cumplir tareas públicas en la *Administración*.[66] El descarte de los parlamentarios de los delitos en la

62. Cfr. ESER, op. et ed. cits., p. 1017.

63. Cfr. TRÖNDLE, op. et ed. cits., p. 722.

64. Lackner y Kühl. *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999. cfr. p. 661.

65. RUDOLPHI, op. et ed. cits., cfr. p. 23.

66. Cfr. ESER, en op. et ed. cis., p. 114.

función pública, incluido el cohecho, no pareció chocante al medio político, al revés de la opinión de los penalistas.[67] Tampoco le desagradó la modestísima factura del tipo que describe ahora la forma más crasa de corruptela, a la vez que la menos simple de probar.[68] Es que tras la atipicidad y, luego, la autonomía del cohecho parlamentario, un *delictum sui generis*, late el pensamiento de que la perspectiva de aplicar a los parlamentarios el amplio espectro de los delitos de cohecho común tendería insidias a la especificidad de la actividad política, menos reglada que las funciones administrativas, y a la independencia de los legisladores.[69]

Salta a la vista que tras el temor a la intromisión del Poder judicial en las sutilezas políticas se oculta, *velis nolis*, una visión que imagina la política como algo apartado del imperio del Derecho. Podrá producirlo, pero lo acatará *si voluerit*. Debiera ser innecesario advertir que este entendimiento traduce la esencia conceptual de la arbitrariedad[70] y, extremando un tanto las cosas, guarda cierta analogía con el totalitarismo, que no otra cosa es suponer la soberanía determinada por intereses políticos, en lugar de amarrarla con límites jurídicos. En realidad, el voluntarismo debe ser contemplado como una aberración de la actividad política, y la arbitrariedad legislativa, como una variedad degenerada del Derecho, por no decir su franca negación. De ahí que el cohecho parlamentario tiene que estar presidido por el pensamiento de toda ley constituye un acto discrecional de los grupos mayoritarios en las asambleas provistas de poder legiferante. Mas no se trata de una discrecionalidad pura o libre, sino de otra vinculada por normas, constitucionales, legales y supraestatales, que fijan un marco al interior del cual puede ejercerse aquel poder.

---

67. Cfr. MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD, op., vol. et ed. cits., p. 216.

68. Por sus "supuestos típicos no realistas", en sentir de Artz y Weber, *Strafrecht*. Besonderer Teil. Bielefeld: Gieseking, 2000. p. 1049.

69. Muy claro el resumen de Nieto Martín, op. cit., cfr. p. 91-93.

70. "Los dictados del poder arbitrario abrigan la intención de que el que los dicta no queda sujeto por sí mismo a ellos. Proclaman una voluntad vinculatoria, que el titular del poder acatará si *voluerit*". Stammler, *Tratado de Filosofía del Derecho*. Traducción de la segunda edición alemana por Wenceslao Roces. Madrid: Reus, 1930. p. 117. Basado en él, escribe Drost, *Das Ermessen des Strafrichters*. Zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt. Berlin: Heymanns, 1930, cfr. p. 40 y 52, que obra arbitrariamente aquel para el cual la conformidad con una norma no es el motivo determinante de sus actos, sino algo indiferente, y que toda decisión arbitraria es antijurídica.

Afortunadamente, la mayoría de los países occidentales adopta un concepto penal de empleado público que incluye a los individuos que desempeñan cargos en virtud de elecciones populares. Vayan como muestra los textos de Argentina, Bolivia, España, Italia, Perú y Uruguay.[71] En más de algún caso se estimó indispensable hacer mención expresa de los parlamentarios con el objeto de disipar cualquier duda acerca de su aptitud para cometer delitos de corrupción.[72] Se podrá discutir si de este desenlace legal es factible extraer conclusiones acerca del concepto de Administración pública que anima a tales ordenamientos, uno estricto, que la reduce a la actividad ejecutiva subordinada a la satisfacción del bienestar de la comunidad, o bien otro amplio, que comprende todas las actividades funcionales del Estado. Sin embargo, de un calado mucho mayor es que esos Códigos penales derraman

71. Código penal argentino (1921), artículo 77: "Por los términos funcionario público y empleado público, usados en este Código, se designa a todo aquel que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente". Código penal boliviano (1997), artículo 165: "Para los efectos de aplicación de este Código, se designa con los términos 'funcionario público' y 'empleado público' al que participa, en forma permanente o temporal, del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento". Código penal español (1995), artículo 24: "Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas". Código penal italiano (1930), artículo 357: "Para los efectos de la ley penal, son funcionarios públicos quienes ejercen una función pública, legislativa, judicial o administrativa". Código penal del Perú (1991), artículo 425: "Se consideran funcionarios o servidores públicos (...) 2) los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular". Código penal uruguayo (1933), artículo 175: "A los efectos de este Código, se reputan funcionarios a todos los que ejercen un cargo o desempeñan una función retribuida o gratuita, permanente o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público o persona pública no estatal".

72. Paradigmático, el Código italiano. Cfr. Fiandaca y Musco. *Diritto penale. Parte speciale*. Publicados, 2 vols. Bologna: Zanichelli, 1988. p. 132.
El de Chile (1874) no escapa a esta tendencia, que emerge ostensiblemente en el período final del artículo 260, una frase que atrapa todos los cargos de elección popular, no sólo los que consisten en el desempeño de la función legislativa. Por lo demás, este es un tema *némine discrepante* en la doctrina nacional. Cfr., por todos, Rodríguez Collao y Ossandón Widow. *Delitos contra la función pública*. 2. ed. actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008. p. 123, en párrafos que subrayan que la indicación de los cargos de elección popular encierra en el concepto penal de empleado público a los parlamentarios, maguer que el lenguaje corriente o de la vida cotidiana no les llame así.

en todo el ordenamiento la idea de que el Poder legislativo no está por encima del Derecho; que las conductas torcidas de los parlamentarios son antijurídicas y pueden constituir, entre otros delitos, también el de cohecho. Es la reviviscencia del espíritu de los comisionados franceses de 1791. Siendo así, un número no indiferente de aquellas corruptelas resultan perfectamente punibles como cohecho impropio, el relativo a la ejecución irregular de actos del cargo –cualquiera, no sólo las votaciones y elecciones–, y, allí donde estén previstos, como cohecho subsiguiente o la corrupción del que acepta dádivas que le son ofrecidas en consideración a su función, no para que realice u omita un acto preciso.[73] La supremacía técnica y política de esta alternativa frente al tipo restringido de cohecho parlamentario es abismante. Además, marcha en la línea de los convenios internacionales en materia de corrupción.[74]

5. RECAPITULACIÓN Y CONSIDERACIONES DE *LEGE FERENDA*

La estimación del cohecho como forma jurídico-penal determinada por la materia es útil, no sólo para explicarnos las diferentes modalidades concretas que el delito homónimo ostentó en el pasado y continúa adquiriendo en la actualidad, sino para comprender la individualidad de cada una en lo que concierne a su objeto jurídico y la economía de los tipos adecuados para albergarlas.

A pedir de boca se aviene esta apreciación a entrambas "clases" del cohecho político. En rigor, no pueden ser clases de éste, porque tampoco son órdenes de una misma calidad, así como no hay especies de géneros distintos. Sólo reúne a los cohechos electoral y parlamentario su común referencia a intereses políticos, siquiera los divorcia de inmediato la vinculación del primero a un interés del individuo, de cada uno de los sujetos titulares de derechos políticos activos, y la dependencia del segundo de las condiciones fijadas por el ordenamiento jurídico para el recto ejercicio de la función parlamentaria, una de las cuales demanda que el cargo no se use en pos de la consecución

73. No es sencillo decidir si el cohecho parlamentario, en el amplio alcance de la expresión, se subsume en el cohecho propio o el impropio. La jurisprudencia española se inclina por lo último, al entender que la intervención de motivos reprochables en el voto o la abstención del representante público redunda en la ilegalidad o contrariedad al deber del acto en cuestión. Cfr. Nieto Martín, op. cit., p. 95. La respuesta a la disyuntiva la dan las consecuencias jurídico-administrativas del voto bastardo, como diremos en el siguiente apartado.

74. Ídem, cfr. p. 91 y 94.

de un lucro prohibido. Puesto que los bienes jurídicos son desiguales, la inserción sistemática de estos delitos ha de ser asimismo discrepante, entre los delitos contra la libertad individual, el primero, y los que ofenden los medios personales del Estado, el segundo. Siendo dispar la materia, huelga añadir que en aquél habrá un solo sujeto agente, y en éste, uno o bien dos sujetos activos.

Esta última consideración liga la materia con la arquitectura de los tipos. El cohecho electoral, por el que únicamente debiera responder el corruptor, tendría que estar diseñado como un delito de predominante actividad, a cuya consumación basta el simple conocimiento de la oferta por el destinatario de la declaración. Esto no resta un ápice a la factibilidad de la tentativa, al igual que en casi todos los mal llamados delitos formales, con tal que la manifestación, ya formulada, no haya entrado todavía en la percepción del paciente.[75] De su parte, al cohecho parlamentario, que en verdad amadriga dos infracciones autónomas, pero ofensivas de idéntico bien jurídico, se adecuan tanto la clase del delito de encuentro, con el consiguiente acuerdo entre solicitante y solicitado, como la del delito monosubjetivo que vivifica la regulación hodierna del cohecho en la Administración. Qué resulte preferible, si penar el complot o la mera manifestación, conocida mas rechazada por el otro, eso es ya una cuestión de política criminal. Habiendo destacado las bondades del cohecho común como guante de acero en que envolver la mano negra de las desviaciones de la actividad legislativa, nos inclinamos por no aguardar la sobrevenida del convenio. Por lo demás, el bien jurídico resulta ya conmovido por la declaración de intenciones, que en todo caso ha de repercutir en un peligro concreto.

Sería de augurar que en los Códigos que cuentan con un concepto amplio de empleado público, el cohecho parlamentario se transforme en una agravación específica del cohecho impropio. Esa agravación prestaría un doble servicio, llamar la atención de políticos y empresarios acerca de la punibilidad de semejante corrupción y asignarle el castigo que amerita. No postularemos la pena de muerte de los revolucionarios franceses, naturalmente; tampoco la desacreditada y nociva prisión. Parecen suficientes la inhabilitación para el cargo específico, en el caso del parlamentario, la de interdicción para celebrar contratos con el Estado, tratándose del otro individuo,[76] y el comiso de las

75. La tentativa inidónea, mejor dicho, el delito imposible, se presentará, entre otras posibilidades, cuando el destinatario sea un sujeto inhabilitado o desprovisto por principio del derecho de voto.

76. Si éste fuese también parlamentario o miembro del gobierno, no se salvará de la inhabilitación especial.

cantidades involucradas o su valor equivalente. En fin, convendría que la legislación administrativa contemple como sanción la nulidad del voto o, si el número de sufragios comprados el considerable, de toda la votación. La nulidad, de la que habrían de entenderse los tribunales de justicia o los electorales,[77] deriva del carácter impropio del que participa este cohecho, una paladina infracción a los deberes del cargo.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também do mesmo Autor

- 3 del premio de la felonía en la historia jurídica y el derecho penal contemporáneo, de José Luis Guzmán Dalbora – *RBCCrim* 91/137;
- La trata de personas y el problema de su bien jurídico, de José Luis Guzmán Dalbora – *RBCCrim* 71/126;
- Panorama y problemas de la justicia de transición en Chile, de José Luis Guzmán Dalbora – *RBCCrim* 93/269;
- Reseña histórica de la codificación penal y procesal penal en Chile, de José Luis Guzmán Dalbora – *RBCCrim* 85/11; e
- Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la "doctrina" de la seguridad ciudadana, de José Luis Guzmán Dalbora – *RBCCrim* 42/66.

77. Jamás el parlamento. "Los parlamentos nunca son jueces adecuados". Freudenthal, *Die Wahlbestechung*... cit., p. 71.

Doping, delimitação do interesse jurídico-penal e a fórmula omissiva

1

Doping, limits of the legal-criminal interest and the omission formula

Paulo César Busato

Doutor em Problemas Atuais do Direito Penal pela Universidad Pablo de Olavide – Sevilha (Espanha). Professor de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná. Membro do Ministério Público do Estado do Paraná.

Área do Direito: Penal

Resumo: No presente artigo procura-se demonstrar que a dificuldade que tem norteado o debate a respeito da incriminação do *doping* deriva menos de uma real dificuldade de localização do bem jurídico e mais de pré-compreensões equivocadas a respeito do seu autor. Procura-se, ainda, oferecer uma perspectiva dogmática diferente que dirige a incriminação ao âmbito dos crimes de *colarinho branco*, através de uma concepção de tipo omissivo.

Palavras-chave: *Doping* – Fundamentos de incriminação – Tipo omissivo.

Abstract: This article tries to demonstrate that the difficulty guiding the debate regarding the incrimination of *doping* stems more from the wrong pre-understanding regarding the subject and less from a real difficulty of finding the legal interest. Even then, it tries to offer a different dogmatic perspective that directs the incrimination to the scope of white collar crimes, through an omission type concept.

Keywords: Doping – Fundaments of incrimination – Omission type.

Já é conhecida a recente histeria em torno da pretensão de incriminação de condutas associadas ao *doping* ocorrida nos países que costumam figurar como matrizes das ondas teóricas jurídico-penais que influenciam o Direito Penal brasileiro.[1]

Apenas para que não pairem dúvidas, convém dizer que a primeira opção político-criminal a respeito do tema seria, sem dúvidas, afastá-lo da seara penal. No entanto, há claras evidências de que isto não é mais possível. Em primeiro lugar, porque há um consenso internacional no sentido punitivo, ou seja, existe um acordo entre as instâncias desportivas e governamentais propondo que se realize tal incriminação;[2] em segundo lugar porque vários países, inclusive o Brasil, firmaram acordos internacionais no sentido de promover a incriminação;[3] em terceiro lugar, a iminência da realização de eventos desportivos de grande porte no Brasil certamente fará com que as atenções a respeito do tema do *doping* estejam voltadas para o país; e em quarto lugar, porque o espaço midiático que o esporte ocupa hoje, conduz a uma demonização social do *doping* desportivo, pela convicção de que "a utilização de substâncias dopantes significaria que o que se está testando não é mais o corpo humano e seus limites, e sim as reações de determinadas substâncias".[4]

Desta forma, parece que o horizonte aponta como muito provável, ou até inevitável, que surja uma incriminação a respeito do *doping* no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao contrário, porém, de outras ocasiões, quando os penalistas brasileiros somente reagiram a uma legislação já posta, desta vez, o fato de que haja farta

---

1. Servem como exemplo a Lei orgânica 7/2006 de proteção à saúde e combate do *doping* no desporto, na Espanha e o § 6.º da legislação sobre medicamentos de 1998, na Alemanha, modificada em 2007.
2. Confira-se, a respeito, as referências existentes em: LEITE, Alaor. O *doping* como suposto problema jurídico-penal: um estudo introdutório. In: ROXIN, Claus; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Doping *e direito penal* .São Paulo: Atlas, 2011. p. 1-4.
3. A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), em 19.10.2005 organizou uma Convenção *Antidoping*, cuja carta de intenções foi firmada pelo Governo brasileiro em 29.10.2007, e depositada em 18.12.2007, e é aceita atualmente por 192 países. Através deste ato, o Brasil se comprometeu a adequar sua legislação *antidoping* de acordo com a Convenção. Com o Decreto da Presidência da República 6.653, de 18.11.2008, a Convenção Internacional contra o *Doping* nos Esportes ingressou no ordenamento jurídico brasileiro. Cf. LEITE, Alaor. Op. cit., p. 4-5.
4. GRECO, Luís. Sobre a legitimidade da punição do *autodoping* nos esportes profissionais. In: ROXIN, Claus; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Doping *e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 74.

incriminação alienígena e que tenha sido despertado tão amplo interesse na matéria, permite, de forma inédita, que a crítica se antecipe. É possível discutir antecipadamente, apresentando as críticas político-criminais e dogmáticas ao problema, de modo a despertar um cenário de precaução no ambiente jurídico, que contribua, de algum modo, para o recorte, desta feita, dos costumeiros exageros punitivos.

Nesse sentido, parece ser grave que os precedentes incriminatórios alienígenas a respeito da matéria apontam para uma situação técnico-dogmática absolutamente indefinida, pois seria bem mais fácil centrar fogo crítico contra um ponto determinado. Acontece que, conquanto haja uma clara pretensão de orientar as baterias do sistema punitivo ao caso do *doping*, não está completamente definido o que é *doping*, o que se pretende resguardar (bem jurídico?) a partir da incriminação dos casos de *doping*, nem tampouco o alcance que deve ter a incriminação.

Nota-se, por exemplo, que o direito alemão resolveu tratar o tema a partir do interesse na saúde, porquanto o castigo se baseia não apenas nos efeitos deletérios à saúde do atleta derivados do uso de *doping* – em especial os conhecidos efeitos dos esteroides anabolizantes – como também se utiliza inclusive da técnica dos crimes de perigo para alcançar a mera posse dos produtos potencialmente danosos.[5]

Por outro lado, parece que esta fórmula incriminadora se bate com importantes – talvez insuperáveis – problemas.

Em primeiro lugar, é consenso desportivo que os esportes de alto rendimento não promovem a saúde. A máxima de que *esporte é saúde* definitivamente não é aplicável aos esportes de alta performance, que são justamente aqueles onde aparecem os casos em que a instância desportiva reconhece e mais frequentemente identifica como *doping*.

Em segundo lugar, como os resultados de dano à saúde quase que invariavelmente só surgiriam após longo tempo, é certo que a hipótese teria que debater-se com todos os inconvenientes que margeiam a discussão dos resultados a longo prazo.[6]

---

5. Incrimina-se a "posse de quantidades não pequenas de substâncias dopantes destinadas à realização de *doping* no desporto".

6. Sobre a responsabilidade penal por resultados a longo prazo veja-se: GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La imputación de los resultados a largo plazo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

Além disso, se os danos à saúde afligem o próprio atleta, é óbvio que o caso do *autodoping* estaria incluído nas hipóteses de *autolesão* que, em princípio, são impunes, tanto porque existe uma esfera de autonomia dos indivíduos claramente abrangente do próprio corpo, sobre a qual ao Estado não cabe interferir.[7]

O *heterodoping* poderia ser incluído nos casos de heterocolocação em perigo consentida, com enormes dificuldades de afirmação das razões de incriminação e ainda, com o efeito do completo afastamento da incriminação das hipóteses de perigo e não de dano.

É certo, porém, que, no caso das autolesões, remanesce um âmbito de incriminação. No caso brasileiro, um exemplo é a autolesão para o recebimento de indenização ou seguro, que faz com que se ultrapasse o fundamento relacionado à saúde, para alcançar o âmbito de incriminação relacionado à fraude.[8]

Outra opção, que recebe acolhida crescente, ao menos na doutrina alemã,[9] tem entendido que o castigo do *doping* se relaciona estreitamente com a figura da concorrência desleal na competição desportiva.[10]

Neste caso, o foco é a competição, é vantagem obtida em uma vitória viciada, pela interferência do *doping*. Esta distorção de resultado é o que justificaria – em tese – o ingresso do controle social exercido pela instância penal. Seria um símile das situações de interferência jurídica em questões econômicas, afinal, há todo um mercado vinculado aos esportes profissionais, que em alguns casos, influencia vários setores da economia.[11]

É verdade que a concorrência leal é parte da cidadania e merece reconhecimento como bem jurídico.[12] A questão é saber se efetivamente a proteção deste

---

7. De modo similar: GRECO, Luís. Op. cit., p. 81 e 83.
8. Trata-se do art. 171, § 2.º, V, do CP.
9. Roxin refere que "um número cada vez maior de autores alemães tem proposto que o *doping*, no interior do esporte de alto rendimento com natureza comercial, deve ser castigado penalmente a partir do ponto de vista da concorrência desleal". ROXIN, Claus. *Doping* e direito penal. In: ROXIN, Claus; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Doping *e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 44. Confira-se também: MOMSEN-PFLANZ, Gundula. *Die sportehische uns strafrechtliche Bedeutung des Dopings*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005. p. 268; GRECO, Luís. Op. cit., p. 67.
10. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 45. A proximidade ao direito da concorrência é sublinhada também por: FISCHER, Ulrich. Über den galoppierenden Undschuldsverlust des Sports oder: Die Welt will betrogen sein, *NJW*, 2005, p. 1028-1029.
11. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 44.
12. Idem, p. 45.

bem, frente especificamente à classe de lesão representada no *doping*, reclama a intervenção da instância penal.

Evidentemente, aqui existe uma aproximação bem mais realista da questão do *doping*, embora ainda padeça de alguns inconvenientes e distorções que, no entanto, são objetivamente contornáveis.

É que o ponto central da discussão, a efetiva pretensão regulatória penal não pode ser simplesmente o *fair play*, nem tampouco a ideia de lealdade *entre os competidores*.

Embora esta ideia, em um primeiro momento, ofereça um indicador positivo de recorte da incriminação, como por exemplo, a exclusão da punição do *doping* no esporte praticado por mero *hobby*,[13] o fato é que acarreta igualmente problemas.

Um dos problemas graves é que se o *fair play* ou a lealdade na competição é o bem jurídico, surge a pergunta de se deveria ser punido também o *doping* em animais[14] que participam de competições ou a manipulação de automóveis de competição sob a forma de *doping*, já que eles afetam o resultado na mesma medida que o *doping* do atleta, e todos tem igual relevância econômica. É o que a doutrina refere como riscos de uma tendência à uma profusão incriminadora.[15]

Além disso, como muito bem destaca Luís Greco,[16] outra grave desvantagem do bem jurídico *lealdade na concorrência* é que os efeitos de risco de perda financeira associados à deslealdade na concorrência podem decorrer não apenas de uma violação das regras que constituem a essência do esporte, mas também das próprias faltas desportivas, como é o caso das chamadas *faltas estratégicas*.

Luís Greco, em sua interessante abordagem sobre a matéria, procura firmar um desenho aproximado de identificação das regras constitutivas do jogo, como critério segundo o qual se poderia filtrar a incriminação do *doping*. Ou seja, seria possível incriminar o *doping* quando ele afligisse as regras que fazem parte da própria definição dos limites do jogo e não quando apenas interferem no resultado. Afirma o autor que "a regra que o *doping* viola tem de ser constitutiva para aquilo que chamamos esporte. Essa regra não pode ser aquela segundo a qual a competição esportiva deve ser *leal*".[17]

13. Idem, p. 46.
14. Idem, ibidem.
15. Há referências doutrinárias a respeito em: GRECO, Luís. Op. cit., p. 69.
16. Idem, ibidem.
17. Idem, p. 73.

Para o autor, existe uma diferença entre as regras que regulam o que é permitido e o que não é permitido para obter a vitória no esporte, como por exemplo, o número de passos sem bater a bola durante a sua condução no basquete, ou as regras de impedimento do futebol e, por outro lado, a decisão sobre a que altura ficará suspensa a cesta no basquete ou qual é o número de jogadores que devem ocupar o campo de futebol ou o número de substituições permitidas.[18]

Desse modo, procura-se desvincular a incriminação do *doping* da interferência no resultado, por razões de deslealdade quanto à competição, e vincular a incriminação a circunstâncias relativas à estruturação e existência autônoma do próprio esporte,[19] preservando, de algum modo, uma conexão com a pretensão, considerada pelo autor como legítima, de preservar a lealdade na concorrência desportiva.[20]

Portanto, para ele, o uso do *doping* constitui uma violação de regra constitutiva do esporte.

A questão, então, diz respeito à possibilidade de determinação das regras estruturantes do esporte que, em geral, será derivada de uma decisão de seus praticantes ou da entidade que o organiza. São estes quem detém a liberdade sobre estabelecer os regramentos a que a modalidade deve ser submetida.[21]

Luís Greco elenca o rol do que considera sejam as vantagens da adoção do critério por ele proposto. Em primeiro lugar, ele considera que a partir deste critério oferece uma razão referida ao bem jurídico protegido, permitindo a exclusão do *autodoping*, há um resguardo do interesse externo à competição desportiva, ou seja, dos que possuem interesse econômico no jogo, permite-se, ainda, estabelecer fundamentos para reconhecer a punibilidade de manipulações de jogos, por exemplo, através de intervenção no rendimento de atletas por mistura de calmantes e estimulantes em sua bebida, permite entender porque existe uma primazia de autocontrole dos organismos desportivos a respeito da fiscalização do *doping*, já que este aflige a constituição do próprio esporte, ganhando em legitimação e, por último, deixa claro o exagero midiático sobre

18. Idem, p. 77, de modo similar.

19. Refere Luís Greco (op. cit., p. 73-74) que "seria possível dizer, com *Schild*, que o *doping* não viola nenhuma regra de esportes específicos, mas que ele destrói o 'mundo autônomo do esporte'", aludindo ao comentário: SCHILD, Wolfgang. Gerichtliche Strafbarkeit des *Dopings*. In: KAUERHOF, R.; NAGEL, S.; ZEBISCH, M. (Hrsg.). *Doping und Gewaltprävention*. Germany: Leipzig, 2008. p. 134.

20. GRECO, Luís. Op. cit., p. 77.

21. Idem, p. 76, no mesmo sentido.

as questões do *doping* que, no fundo, não passam de violações de convenções desportivas e, portanto, não podem justificar medidas de caráter policial para sua detecção, como agentes infiltrados ou escutas telefônicas.[22]

Conquanto seja indubitavelmente interessante a proposição, verifica-se a existência de dois aspectos que a tornam menos atrativa e convincente.

O primeiro deles, diz respeito justamente à seleção do que possam ser regras constitutivas e regras regulatórias, de funcionamento ou de execução do desporto.[23] É que há pontos-limite em que a violação de regras, levada ao extremo, desborda o interesse meramente regulatório da atividade desportiva e passam a ser atitudes que não fazem parte do esporte e que, algumas vezes, reclamam interferência penal. Nestas hipóteses, é a própria casuística (porque não dizer, o próprio processo de interpretação) e não qualquer classe de regra que define os limites do desportivo.

Um exemplo conhecido é o da luta de boxe entre Mike Tyson e Evander Holyfield em 1997, em que o primeiro mordeu e arrancou um pedaço da orelha do segundo. Certamente aquele não foi o golpe mais ofensivo da integridade física aplicado pelo lutador, mas é certo que constituiu algo que não pode ser chamado de boxe.

Outro exemplo – este mais conhecido no meio futebolístico brasileiro – é o uso deliberado de *faltas de jogo* como estratégia de obstar a articulação adversária, que chega a ser a *marca registrada* de determinada agremiação futebolística do sul do país, conhecida zombeteiramente por praticar "o esporte mais parecido que existe com o futebol", pretendendo fazer ver que o acúmulo da utilização da regra sancionada apenas dentro do jogo, aproxima-se muito do desvirtuamento do próprio jogo.

Embora seja sabido que o futebol contempla, não poucas vezes, a chamada *falta de jogo* consistente em agressão física, punida através de cartões de advertência ou suspensão, é conhecido também no âmbito do futebol brasileiro o episódio em que, ao deter a bola equilibrada sobre a nuca, um determinado jogador sofreu uma abordagem violenta de parte de um adversário consistente em um aparente intento de retirar a bola com os pés que, por erro na execução ou dolosamente – isso não é possível inferir – gerou uma agressão de tal proporção que o caso foi levado do estádio à apuração da autoridade policial.

22. Idem, p. 78-80.

23. É possível buscar amparo para a distinção em: CHERRY, Christopher. Regulative rules and constitutive rules. *The Philosophical Quarterly*, vol. 23, n. 93, p. 301-315.

O fato é que é absolutamente turva a fronteira entre as regras constitutivas do jogo e as regras de execução do jogo, a ponto de oferecer um problema acerca dos limites a partir dos quais é possível passar legitimamente o fato ao controle social jurídico, desbordando as sanções derivadas das regras do jogo. E é justamente neste cenário que estaria inserido o *doping*, pela proposta.

Ademais, aparece outro problema, este de ordem técnica: como regular juridico-penalmente o desvirtuamento das regras constitutivas de um esporte quando as próprias entidades organizadoras e seus praticantes tem poder decisório a respeito do que efetivamente devem ser estas regras?[24]

Parece evidente que o caráter *mutante* destas regras, sempre nas mãos de decisões administrativas desportivas, bem assim a imensa diversidade de regras das distintas modalidades de esporte empurraria o modelo incriminador para o uso quase que obrigatório de técnicas de tipificação próprias do moderno direito penal, que são, em geral, muito criticadas como a das normas penais em branco ou do uso amplo de elementos normativos do tipo.[25]

Isto nos traz de volta à estaca zero, tanto do ponto de vista técnico-dogmático, quanto político criminal.

Portanto, ainda que sem qualquer pretensão de esgotamento, apenas com o propósito de lançar uma ideia nova, um novo ponto de vista para a observação da questão, seria interessante voltar os olhos para a fonte primária das dificuldades de incriminação da questão do *doping*.

Parece que a incriminação vem respondendo a um anseio equivocado. Parece haver um distanciamento da perspectiva do que realmente importa nos casos de *doping*.

No mundo hedonista da sociedade pós-moderna, é absolutamente certo que não existe de parte da mídia, nem de nenhuma outra pessoa, salvo os entes queridos, amigos e parentes do atleta, qualquer interesse especial em sua condição pessoal de saúde. Esta só interessa, de modo secundário, ao empresário, ao organizador e eventualmente à equipe onde preste serviços o atleta, pelo que ele representa financeiramente e em termos de imagem. Nada mais.

---

24. É o próprio Luís Greco quem reconhece que "O fundamento da regra constitutiva da proibição do *doping* está, portanto, em nada mais – mas também em nada menos – do que numa *convenção*". GRECO, Luís. Op. cit., p. 76.

25. Para detalhes entre as duas figuras veja-se: LUZÓN-PEÑA, Diego Manuel. *Curso de derecho penal. Parte general, I*. Madrid: Universitas, 1999. p. 142 e ss. No Brasil: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, especialmente p. 131 e ss, onde o autor faz uma crítica ao abuso desta técnica de tipificação.

É certo também que esta mesma sociedade individualista e competitiva dos tempos atuais, foca atenção muito mais no resultado do que na lealdade da competição.

Logo, os interesses não tem qualquer relação nem com uma coisa, nem com outra.

O certo é que a competição desportiva tem sim um interesse social, mas este está relacionado à exploração comercial e midiática do evento desportivo, da figura do atleta, da associação entre sua atitude e determinada marca. Em algum momento, a doutrina chega a reconhecer exatamente este perfil ao bem jurídico.[26]

Esta é a questão central. Assim, a preocupação deveria ser com a produção do resultado de prejuízo para a competição desde um ponto de vista da fraude do resultado ou da perda do caráter sério da competição, em função da burla derivada da dopagem.

No entanto, quando as aproximações doutrinárias voltaram-se a este aspecto, descobriram nele um fundamento de legitimação para o castigo do *autodoping*,[27] o que não parece novamente distorcer a imagem apropriada do tema.

É importante perceber que, realizado o controle sério e adequado de dopagem, isso não significa, por si só, que não houve *doping*, nem que todos os atletas e competidores se comportaram de maneira exemplar, que houve *fair play*, mas é absolutamente satisfatório para a instância comercial-midiática. Ou seja, o *doping* que não é flagrado, simplesmente não interessa como resultado jurídico e nem mesmo como resultado social.

Portanto, o centro da discussão não é a ocorrência ontológica do *doping*, mas sim a efetiva existência de um controle e de uma realização das regras de fiscalização antidopagem, de modo a permitir que a imagem do esporte seja isenta.

Isso mostra que as dificuldades de imputação estão situadas menos no bem jurídico e mais na figura do autor do crime.

---

26. Em um ponto de seu trabalho, Luís Greco chega a afirmar que "a proibição penal do *doping* nos esportes pode ser legítima. Afinal, a conduta representa a violação de uma regra constitutiva de uma atividade de economicamente relevante e viola, portanto, um verdadeiro bem jurídico, a saber, a lealdade – econômica e não meramente esportiva – da concorrência". GRECO, Luís. Op. cit., p. 84.

27. Idem, p. 83-85.

O problema central parece ser uma tendência do campo político e mesmo científico, que parece um tanto mal dirigida, em favor da punição do atleta especificamente.[28] Esta é, inclusive, a orientação das legislações já aprovadas na Europa, como visto.

Parece haver um erro de foco.

De algum modo, se está partindo do dado fático de que um atleta se dopa deliberadamente ou anui de algum modo com que um treinador, um preparador ou um médico lhe proporcione ou ministre a substância dopante e que este evento, em si, deve ser o *fato incriminado*.

A situação é curiosa e, ao mesmo tempo, trágica, lembrando um episódio do conto de fadas humorístico que levou o título de *Meister Floh* (Pulga Mestre) escrito entre 1821 e 1822 por E. T. A. Hoffmann. O conto narra a história da menina tímida e sonhadora *Tyß Peregrinus* e seu encontro com o mestre sábio das pulgas. *Tyß Peregrinus* consegue ler, graças a uma minúscula lente fornecida pelo inseto falante, os pensamentos das pessoas.

Na peça, há um episódio em que o personagem *Knarrpanti* dirige uma investigação. Ao ser recordado a ele que seria necessária a presença de um delito para que houvesse um delinquente, o terrível personagem opinou que "somente um juiz superficial e descuidado não estaria em condições de introduzir na investigação uma ou outra insignificante contravenção por parte do acusado que pudesse justificar a detenção".[29]

É exatamente o que está acontecendo no caso do *doping*. A histeria da punibilidade do *doping* é apenas consciente de que pretende dar vazão a uma situação de punição do atleta que se dopa ou que conscientemente anui em ser dopado.

Ou seja, aparentemente, já existe uma identidade bastante clara a respeito de quem se quer punir: o atleta. Batem-se, no entanto, o legislador e a doutrina, no esforço de encontrar uma razão tecnicamente sustentável para fazê-lo!

Eis o equívoco.

Conquanto seja efetivamente a situação do atleta que se dopa ou que consente com o *doping* um centro de interesse, não necessariamente é este o centro de incriminação.

---

28. Idem, p. 49, nesse sentido.

29. O conto é citado por Ingo Müller, e foi utilizado para ilustrar, de modo geral, a postura dos juristas durante o estado nazista, na obra: *Los juristas del terror*. Trad. Carlos Armando Figueiredo. Bogotá: Álvaro Nora, 2011. p. 13-14.

É que, se por um lado, as manipulações de animais em competições desportivas ou mesmo a manipulação ou alteração de instrumentos ou objetos utilizados em competições, como automóveis, dardos, pesos, etc., pode facilmente ser incluída entre as fraudes, principalmente no estelionato, este não é o caso do *doping*.

Em primeiro lugar, porque ele nem sempre aparece representado como algo que necessariamente irá produzir um resultado positivo no sentido do incremento do desempenho de determinado atleta, como é o caso do uso de cocaína pelo jogador de futebol Maradona.[30] Pelo contrário, por vezes, pode haver a dopagem de alguém para a redução do desempenho, a fim de que perca a competição.

De outro lado, também é certo que existe um âmbito de competições – ligas amadoras, lutas como as denominadas *vale-tudo* – onde o controle de dopagem simplesmente não existe ou não é realizado. Nestas hipóteses, se o fenômeno ontológico fosse o foco do conceito jurídico-penal de *doping*, surgiria um grave problema de delimitação.

A solução remeteria a uma possível causa de justificação, amparada na ausência de regras antidopagem determinadas pela instância organizadora do esporte em questão.

Este deslocamento da discussão põe em evidência algo que a tipificação do acontecimento ontológico da dopagem mascara: não é o fato de que um atleta tome esteroides anabolizantes o que exige atenção jurídica, mas sim, o fato de que isso ocorra em um âmbito desportivo em que tal uso seja proibido e o fato seja detectado por um mecanismo de controle de dopagem.

Portanto, o que avulta interesse é que este controle se realize e realmente seja sério, de modo a promover a desclassificação, na instância desportiva, do atleta que violou as regras *antidoping* do desporto.

É correto afirmar que esta ideia tangencia o comentário feito por Luís Greco, que destaca que o foco da discussão deve ser posto nas regras *constitutivas* do esporte e que a burla a isto é o que reclama a atenção jurídica e, consequentemente, jurídico-penal.

---

30. O caso aparece citado em: MAIWALD, Manfred. Probleme der Strafbarkeit des *Doping* im Sport – am Beispiel des italianischen *Antidoping*-Gesetzes. *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70.* (Dieter Dölling und Volker Erb). Heidelberg: C. F. Müller, 2002. p. 404, como uma demonstração de proximidade entre o *doping* e o consumo de drogas.

Outrossim, é importante perceber que se o controle de antidopagem se realiza com regularidade em face das regras estabelecidas para o esporte em questão e algum atleta dopado é identificado, as consequências desportivas esgotam certamente todo e qualquer interesse no caso, não remanescendo, decididamente, nenhuma questão que possa ser classificada como situação de *ultima ratio*, capaz de demandar interesse penal.

Por outro lado, uma descoberta tardia de situação de *doping*, em um esporte de interesse midiático e econômico, onde tenha havido um mecanismo de controle *antidoping* burlado, certamente demandará interesse, especialmente de patrocinadores, promotores do evento, organizadores, apostadores e torcedores.

A existência de uma competição cujas regras antidopagem sejam efetivamente cumpridas, não impede que efetivamente haja alguma fraude, mas isto faz parte dos riscos incorporados por aquele que vincula o seu nome ou sua marca a um competidor ou um evento.

Daí que, resulta claro que o único interesse que pode ser demandado dentro do campo do intolerável, é que seja realizado um controle sério e ajustado por parte dos organizadores do evento desportivo, a respeito do *doping*. Somente isso poderá amparar, de algum modo, a expressão de existência de algum interesse penal.

Portanto, a incriminação certamente deverá partir da existência de um dever, um dever jurídico, voltado principalmente para os organizadores do evento, a quem compete diligenciar para que haja controle de dopagem sério e organizado, capaz de alcançar os resultados propalados como garantia de um resultado isento para a competição.

Por outro lado, é perfeitamente legítimo o direcionamento do castigo à uma situação de violação de um dever, quando esta obrigação compõe o acervo de interesses com densidade suficiente para dotar de legitimidade a intervenção penal, posto que é sabido que a ordem social pode ser perturbada tanto por um acontecimento quanto pela falta de uma providência,[31] o que culmina por justificar a imposição de um dever.

A fórmula omissiva de delito se realiza sabidamente a partir de um dever de agir, ou seja, o seu conteúdo axiológico é flagrante, pois o ponto de partida é uma obrigação de atuação.[32]

---

31. Cf. KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Juaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 23-24.

32. No dizer de Muñoz Conde, "a infração de normas imperativas é a essência dos delitos de omissão". MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 237.

Como bem observa Fletcher,[33] é um equívoco pensar que a omissão é uma contraposição da ação. Afinal, tanto uma pessoa que não presta socorro pode estar parada (ou seja, sem fazer nada), quanto pode estar falando com outra ao celular, ou admirando a paisagem (fazendo algo). A questão na omissão está toda no âmbito do dever de atuar.

A existência da omissão jurídico-penalmente relevante depende da prévia existência de um dever justificado de atuação.[34] A definição deste dever passa pela investigação de sua essência, a partir dos princípios orientadores do Direito penal, com vistas a verificar a pertinência de impô-lo.

Ocorre que esta verificação, ao menos em parte, é diferente de um crime comissivo. Quanto existe a mera proibição do ataque a algo que é reconhecido como caro à ordem social, a intensidade do eventual ataque a este bem jurídico é que regulará a necessidade ou não da intervenção. Ou seja, no crime comissivo, a fórmula de criminalização primária é generalizante, aberta e incompleta. A dimensão da ofensa ao bem jurídico virá identificada tão somente a partir da realização do fato comissivo.

Na omissão, o que ocorre é justamente o contrário: é preciso que o processo de criminalização primária delimite *ab initio,* com muita precisão, o campo do que é incriminado, porque a omissão, desde um ponto de vista da realização jurídica é sempre equivalente a nada,[35] o que significa que o que se pode atribuir quantitativamente, em termos de agressão jurídica derivada da atuação do sujeito, é sempre uniforme. Tanto é assim que, na omissão, embora se castigue o ato de omitir-se, relacionado ao dever de agir em uma situação de perigo, não se imputa ao omitente o resultado deste perigo.[36]

---

33. Cf. FLETCHER, George P. *Basic concepts of criminal law*. New York: Columbia, 1998. p. 46.

34. "A infração de um dever de atuar, presume a existência de um dever de atuar". KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 34.

35. É importante perceber que a omissão, mesmo tomada a partir do modelo que aqui se adota – o modelo significativo – traduz o abandono de um dever e, portanto, uma expressão de sentido que não pode expressar-se em dimensões quantitativas ou qualitativas distintas, mas tão somente pode expressar-se como falta em relação a um dever. Para uma adequada compreensão de como ação e omissão podem ser expressão de sentido, veja-se: VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, especialmente os Capítulos 10.°, 12.° e 13.°. Do mesmo modo, Muñoz Conde chega a afirmar que a omissão em si mesma não existe. Op. cit., p. 238.

36. Nesse sentido: NAUCKE, Wolfgang. *Derecho penal. Una introducción*. Trad. Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 353.

Essa diferença obriga a que esteja previamente clara a relevância da incriminação, para que esteja autorizado o uso da técnica de tipificação do crime omissivo.

É necessário que haja uma efetiva perturbação da ordem social para que se justifique a intervenção jurídico-penal.

No caso do *doping*, a eventual falta de cumprimento do dever de realização do controle antidopagem poderá sim transformar-se em uma questão de interesse penal, porquanto estes organizadores levaram a cabo um simulacro de competição, ou uma competição cujo resultado foi viciado pela incidência do *doping*, com prejuízo de todos os interessados na realização do evento.

Aos eventuais beneficiados pelo descumprimento do dever por parte do organizador, bastam as consequências desportivas pertinentes.

A fórmula de técnica de tipificação mais adequada para a hipótese, portanto, seria a omissiva própria, com referência expressa à identificação de uma classe específica de autor: o organizador de competição desportiva em que o *doping* seja proibido ou o responsável pela realização do controle *antidoping*, também contendo referência específica, mas aberta, à necessidade de cumprimento das regras de controle *antidoping* próprias de cada modalidade desportiva, nesse sentido, constituindo lei penal em branco.

Aparecem, a partir da proposição, algumas evidentes vantagens em face das incriminações precedentes, havidas na legislação europeia.

Gostaria de destacar, em primeiro lugar, que as vantagens de oferecer uma razão para o bem jurídico protegido, a exclusão da figura do *autodoping*, o ajuste aos interesses externos à seara desportiva, o alcance das manipulações de resultados, a preservação da autonomia da instância desportiva, a compressão da histeria midiática e a contenção das possibilidades de emprego de medidas probatórias de urgência, são todos resultados facilmente perceptíveis nesta opção.

Além de tudo isso, há outros aspectos dignos de registro, que podem ser considerados vantajosos na proposição.

Em primeiro lugar, promove-se claramente uma redução do âmbito de incriminação, porquanto afasta-se do atleta, do preparador/treinador/médico/nutricionista, centrando fogo apenas na figura do organizador da competição.

Em segundo lugar, desde um ponto de vista criminológico, a escolha do organizador da competição traduz necessariamente um foco de incriminação voltado para aquele que participa das instâncias de poder decisório a respeito da questão do *doping*, convertendo o tipo em uma incriminação *do colarinho branco*.

Em terceiro lugar, não se trata de um tipo penal estanque, já que ele seguirá necessariamente a evolução das regras *antidoping* e mesmo as regras constitutivas de cada desporto.

Em quarto lugar, a resposta aos interesses principais que rondam os esportes de alto rendimento – que se constituam, do ponto de vista comercial, em algo sério – restarão plenamente atendidos.

Em quinto lugar, restarão salvos os inconvenientes que a aproximação com as lesões corporais – pelo ponto de vista da saúde pública – e com o estelionato – pelo ponto de vista do *fair play* – poderiam gerar, do ponto de vista dogmático.

Portanto, diante do panorama que se avizinha, pretende-se deixar sentado nestas poucas linhas que, desde um ponto de vista político criminal, parece absolutamente desejável um afastamento das pretensões de controle jurídico do *doping* da seara penal.

Em contraposição, caso seja insustentável a posição pela não incriminação, a opção que resulta menos aflitiva, desde considerações tanto criminológicas quanto dogmáticas e político criminais, parece ser a opção por uma incriminação omissiva, relacionada com o controle de dopagem por parte dos dirigentes ou organizadores da competição, sempre e quando esta seja dotada de relevância econômica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHERRY, Christopher. Regulative rules and constitutive rules. *The Philosophical Quarterly*. vol. 23. n. 93. London: Wiley-Blackwell, oct. 1973.

FISCHER, Ulrich. Über den galoppierenden undschuldsverlust des sports oder: Die Welt will betrogen sein. *Neue Juristische Wochenschriff*. München: C. H. Beck Verlag, 2005.

FLETCHER, George P. *Basic concepts of criminal law*. New York: Columbia, 1998.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La imputación de los resultados a largo plazo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

GRECO, Luís. Sobre a legitimidade da punição do *autodoping* nos esportes profissionais. In: ROXIN, Claus; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Doping *e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2011.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Juaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

LEITE, Alaor. O *doping* como suposto problema jurídico-penal: um estudo introdutório. In: ROXIN, Claus; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Doping *e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2011.

LUZÓN-PEÑA, Diego Manuel. *Curso de derecho penal. Parte general, I*. Madrid: Universitas, 1999.

MAIWALD, Manfred. Probleme der Strafbarkeit des *Doping* im Sport – am Beispiel des italianischen *Antidoping*-Gesetzes. *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70.* (Dieter Dölling und Volker Erb). Heidelberg: C. F. Müller, 2002.

MOMSEN-PFLANZ, Gundula. *Die sportehische uns strafrechtliche Bedeutung des Dopings*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005.

MÜLLER, Ingo. *Los juristas del terror.* Trad. Carlos Armando Figueiredo. Bogotá: Álvaro Nora, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general.* 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NAUCKE, Wolfgang. *Derecho penal. Una introducción.* Trad. Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Astrea, 2006.

ROXIN, Claus. *Doping* e direito penal. In: _____; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Doping *e Direito penal.* São Paulo: Atlas, 2011.

SCHILD, Wolfgang. Gerichtliche Strafbarkeit des *Dopings*. In: KAUERHOF, R.; NAGEL, S.; ZEBISCH, M. (Hrsg.). *Doping und Gewaltprävention*. Germany: Leipzig University Press, 2008. DIS, Bd. 1.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal.* 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Delito praticado na atividade desportiva, de Valed Parry – *RBDD* 4/22;
- *Doping* no desporto e o procedimento arbitral como alternativa viável na Justiça Desportiva brasileira, de Thomaz Sousa Lima Mattos de Paiva e Maria Beatriz Sousa Lima Dorna – *RBDD* 2/49;
- *Doping* nos âmbitos nacional e internacional, de Milena Queico Ishibashi Morishin – *RBDD* 7/36;
- Punição em exame *antidoping*: *doping* por "drogas da sociedade" e o princípio da promoção da saúde, circunstâncias que não autorizam a redução da pena-base, de Carlos Francisco Portinho – *RBDD* 19/425; e
- Uso de substância proibida: recurso pleiteando a majoração de punição por violação às leis *antidoping*, de Caio Pompeu Medauar de Souza – *RBDD* 19/397.

INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO E FLAGRANTE DE CRIME PERMANENTE

1

The sanctity of the home and permanent in flagrant delicto

CLÁUDIO DO PRADO AMARAL

Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP – *Campus* de Ribeirão Preto. Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional; Processual

RESUMO: A inviolabilidade do domicílio está inscrita entre os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal e se alinha dentre os direitos da personalidade. As situações elencadas no art. 5.º, XI, da CF/1988, que autorizam a violação de domicílio, sem mandado a qualquer hora do dia ou da noite, são emergenciais e não comportam de modo algum a espera por uma autorização judicial para entrada na moradia alheia: desastre, prestar socorro e flagrante delito. Todavia, existem situações de flagrante delito que permitem se aguarde por uma ordem judicial. Para se chegar a essa conclusão é preciso que se faça uma interpretação teleológica da norma acima citada, ou recorrer às técnicas de interpretação científico-espiritual ou de concretização da Constituição, em rechaço a lógica-formal como via hermenêutica.

PALAVRAS-CHAVE: Inviolabilidade – Domicílio – Flagrante – Permanente.

ABSTRACT: The sanctity of the home is included among the fundamental rights guaranteed by the Federal Constitution and fits in with the individual rights. The situations listed in Article 5, paragraph XI, of the FC, authorizing the violation of domicile without a warrant, at any time of day or night, are of urgent nature and do not allow in any way for the wait time for a judicial authorization to entry into someone else's home: a disaster, rescue and *in flagrante delicto*. However, there are cases of *in flagrante delicto* that allow for the waiting of a court order. To reach this conclusion there needs to be a teleological interpretation of the above cited rule, or use the spiritual-scientific interpretation techniques or the adoption of the Constitution, in rejection of formal logic as hermeneutics.

KEYWORDS: Sanctity – Domicile – *In flagrante delicto* – Permanent.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. História do Brasil e história do mundo – 3. Poder e utilitarismo – 4. Violação de domicílio e crime permanente: 4.1 Constitucional violação de domicílio e lógica formal; 4.2 A interpretação teleológica e normas constitucionais processuais penais; 4.3 A interpretação teleológica e o art. 5.º, XI, da CF/1988; 4.4 As modernas interpretações constitucionais e o art. 5.º, XI, da CF/1988; 4.5 Interpretação do art. 5.º, XI, da CF/1988: aplicação imediata, eficácia irradiante e garantismo – 5. O direito espanhol: 5.1 Flagrante próprio, quase-flagrante e flagrante presumido; 5.2 Os primeiros passos na jurisprudência brasileira – 6. O objeto da tutela: 6.1 A tutela da situação de fato: a inviolabilidade da "casa"; 6.2 A tutela da situação jurídica: proteção da intimidade e da moradia – 7. Consequências da violação do domicílio no processo penal: 7.1 O auto de prisão em flagrante e a violação de domicílio; 7.2 Relaxamento da prisão em flagrante e medidas cautelares; 7.3 A prova ilícita e o sentenciamento do processo-crime – 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O art. 5.º da CF/1988 é um marco, sem precedentes na história do Brasil, em tema de defesa e explicitação de direitos e garantias fundamentais do cidadão contra a ingerência do Estado. Após períodos de memória triste em nossa Pátria, a Constituição Federal desejou, efetivamente, resgatar o débito ditatorial do Estado com os brasileiros recém-saídos de verdadeiro caldo sociocultural do "manda mais quem bate mais". Cabe assim, aos juristas, especialmente, não permitir que se torne letra morta a verdadeira ode às liberdades individuais que é o art. 5.º da CF/1988.

E nessa tarefa, o presente trabalho chama a atenção para prática bastante difundida no dia a dia forense de todas as localidades do Brasil, que é o ingresso em domicílio alheio, por agentes policiais, a qualquer hora do dia ou da noite, sob o argumento de que na moradia do agente (que invariavelmente vem a ser preso) está sendo praticado crime permanente (aquele delito cujo momento consumativo se protrai no tempo conforme a vontade do agente), situação que à luz do art. 5.º, XI, da CF/1988, dispensa mandado judicial. Também será dedicada análise à extensão da expressão "flagrante delito", inserida no referido inciso.

Veremos que devem ser feitas interpretações sobre a mencionada garantia que não se limitam à lógica-formal. Ainda, consideraremos os desdobramentos dessas interpretações para o auto de prisão em flagrante, para o recebimento da denúncia e para o sentenciamento do processo-crime, conforme a bem assentada doutrina, respectiva à garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas.

2. HISTÓRIA DO BRASIL E HISTÓRIA DO MUNDO

Preliminarmente, é preciso uma tomada de postura quanto ao nosso mundo de vida. Preparemos o terreno para o raciocínio que se desenvolverá. E assim,

não olvidemos a quantidade de violações de direitos e garantias fundamentais que são diariamente praticadas no Brasil.

Em grande parte é possível compreendermos o porquê de tantas violações contra direitos fundamentais no Brasil, com reações pouco intensas por parte da sociedade e frequentemente desinteressadas por parte das diversas instituições: deve-se ao fato de que somos um país novo. Não participamos da maior parte da sofrida História do resto do mundo. As referências culturais brasileiras até o início do século passado ainda eram nossos ex-colonizadores. As participações do Brasil em grandes polêmicas mundiais foram pífias. Enfim, construímos escassa consciência sobre direitos e garantias do homem e do cidadão. Isso também explica por que, caso diversas agressões contra garantias do ser humano havidas em território brasileiro tivessem ocorrido no Velho Mundo, causariam reações intensas nas diversas camadas sociais e em vários âmbitos institucionais.

É chegado o momento de se exigir dos diversos operadores do direito a consciência sobre a eminência da garantia da inviolabilidade do domicílio e sobre a relevância do que representam direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal, assim devendo ser cobrada tal postura desde o agente policial que em meio à madrugada ingressa em domicílio alheio, sem mandado, sob suspeita de que no imóvel há drogas guardadas, até o importante magistrado que ocupa cargo em tribunais de sobreposição.

É imperioso que os operadores do direito passem a introjetar mais agudamente a nobilíssima verticalização dos direitos fundamentais.

Para introjetar é preciso lembrar a majestade desses direitos, valendo-nos das palavras de Canotilho: "a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados 'naturais' e 'inalienáveis' do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a posição de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem essa positivação jurídica, os 'direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política'".[1]

Ainda, para essa introjeção, é preciso lembrar a História. O mesmo Canotilho nos relata o custoso processo de construção dos direitos fundamentais, em interessante abordagem, na qual abandona a perspectiva "antes" da *Virginia Bill of Rights* e da *Déclaration de l'Homme et du Citoyen* e "*depois*" destas. O mes-

1. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

tre português faz análise histórica desde a antiguidade, ao apreciar o processo construtivo dos direitos fundamentais.[2] Vejamos.

Costuma-se afirmar que a ideia de direitos do homem na antiguidade era ignorada; todavia, a antiguidade não passou em completa cegueira em relação a direitos fundamentais, pois o pensamento sofístico, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproxima-se da tese da igualdade natural e da ideia de humanidade; no pensamento estoico, enleva-se o princípio da igualdade; Cícero posicionou-se claramente: "a lei verdadeira é a razão coincidente com a natureza na qual todos participam" (*ratio naturae quae est lex divina et humana*); na era medieval, foram as concepções cristãs, especialmente o direito natural tomista, que abriu o caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza do homem, ao distinguir entre *lex divina*, *lex natura* e *lex positiva*; a história assistiu à passagem dos direitos estamentais aos direitos individuais, com destaque para a Magna Carta de 1215, que embora contivesse direitos estamentais e assegurasse direitos apenas da aristocracia feudal, deu importante passo em direção aos direitos corporativos em tema de direitos do homem; seguiu-se a quebra de unidade religiosa da cristandade, permitindo o aparecimento de minorias religiosas que asseguravam o direito de cada um à "verdadeira fé", contexto histórico que deu ensejo a tolerância religiosa e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial; a burguesia, ainda se sentia marginalizada e a falta de liberdade política dessa classe veio a constituir-se em um dos importantes incentivos a favor da luta pelos direitos do homem, que promoveria a passagem do contratualismo jusracionalista aos direitos do homem; as ideias de Locke (teoria contratual) conduziu à defesa da autonomia privada, imantada fundamentalmente no direito à vida, à liberdade e à propriedade, postura que veio a favorecer a teoria liberal dos direitos fundamentais, assim considerados aqueles de defesa do cidadão perante o Estado; essa mesma postura também veio sustentada pelas ideias de Rosseau em sua célebre obra "Do contrato social"; a evolução dessa doutrina acabaria numa situação em que os direitos subjetivos já não seriam apenas direitos de defesa contra o Estado, mas, sim, autovinculações jurídicas do Estado; com o advento do capitalismo mercantil e a inerente acumulação de riquezas que ele requer, também se exige a segurança das convenções comerciais, de maneira a postular a existência de um estatuto individual estável, assentado em larga autonomia do "homo oeconomicus"; inolvidável, nesse processo de "fundamentalização"

2. Idem, p. 380-385.

dos direitos, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas que põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem "egoísta" e a necessidade de completar os direitos tradicionais do cidadão burguês pelos do homem "total", assim, pois, garantindo o homem nos planos econômico, social e cultural, de forma a alcançar um plano existencial-material humanamente digno.

Todo o processo histórico suprarrelatado formou-se à custa de rios de suor, lágrimas e sangue, para, então, forjar em favor do cidadão e contra o Estado, garantias oponíveis a ingerências indevidas em sua esfera de liberdades fundamentais. E é essa consciência que todo e qualquer operador do direito deve ter em mente quando se defronta com questão respectiva. Aqui nos interessa a questão do ingresso em domicílio alheio sem mandado judicial, em caso de flagrante delito.

Ter em conta a perspectiva histórica e a positivação acima mencionadas alavanca o espírito do jurista em direção à postura de garantidor de liberdades, ao mesmo tempo em que assegura o devido processo penal.

3. PODER E UTILITARISMO

Outrossim, a escassa consciência garantista de que padecemos no Brasil é favorecida, também, pelo fato de que as populações atingidas pelas ações policiais que violam domicílios são aquelas já conhecidas pela seletividade do sistema penal repressivo: grupos rebaixados socioeconomicamente e à margem do processo de produção e acumulação do capital financeiro global. São os pobres e estropiados de sempre. O fato da quase totalidade das diligências invasivas de domicílio atingirem tal grupo, certamente favorece ainda mais esse esquecimento da força vinculante dos direitos fundamentais.

Não se tratando de ações policiais que nos atingem, bem entendido, não atingem a nós, a população economicamente estável, permanecemos menos sensíveis a essa realidade. Daí, não sopesamos com a necessária introspecção, que, por exemplo, uma invasão de domicílio, à noite, sem mandado, feita por policiais, sob suspeita de posse de drogas, fundada em denúncia anônima, recaindo a diligência policial em habitação coletiva, quase sempre, terminará por violar direitos fundamentais de pessoas que nada têm a ver com a chamada "denúncia anônima", pois seus aposentos serão também revistados, seja por cautela, seja em "procedimento padrão" da polícia, mesmo que sob os demais ocupantes da habitação coletiva não pesem suspeitas. E assim vem sendo tolerado.

Toda invasão de domicílio, nessas condições, é um ato de poder do Estado: "Chama-se poder a possibilidade de eficazmente impor aos outros o respeito

da própria conduta ou de traçar a conduta alheia".[3] Num Estado como o nosso, isto é, com a opção política democrática e de direito, que tem no princípio da dignidade da pessoa humana a sua dimensão antropocêntrica, resta claro que é "logicamente necessário admitir a limitação do poder: toda instituição é um instrumento a serviço de determinados fins; ora, o poder político não foi instituído para realizar a totalidade dos fins humanos (...) e sim, alguns apenas (...). A limitação do poder político deve ser jurídica".[4]

Ocorre que no contexto da invasão de domicílio acima citada, além de não se verificar *in concreto* qualquer forma de limitação contra o explícito ato de poder do Estado, em nome de uma falaciosa segurança social, se tem aceito corriqueiramente tais condutas, como produto de uma filosofia moral pretensamente adequada, baseada no utilitarismo, já que os danos provocados pela intervenção no domicílio de populações vulneráveis sócio, econômica e culturalmente (repito: os pobres e estropiados de sempre) são aceitáveis diante dos ganhos no fortalecimento de um Estado-segurança.

Contudo, aquele que tolera ou admite tal "procedimento padrão policial", esquece-se que "numa ordem constitucional como a brasileira, centrada no princípio da dignidade da pessoa humana, o utilitarismo não configura filosofia moral adequada para lidar com os conflitos entre interesses privados e coletivos".[5]

Da mesma forma, esquece-se que "as sociedades que primam pelo respeito aos direitos humanos dos seus membros são, de regra, muito mais estáveis, seguras, harmônicas e prósperas do que aquelas em que tais direitos são sistematicamente violados".[6]

E assim, veremos adiante, tais investidas sobre (ou melhor, contra) o domicílio alheio, por parte de agentes policiais, sem mandado, em qualquer hora do dia ou da noite, sob mera suspeita de existir entorpecente guardado, frequentemente fundada em denúncia anônima, devem sofrer freio jurídico de ordem limitativa de suas ações, em nome dos direitos fundamentalmente guardados pela Constituição Federal.

---

3. CAETANO, Marcelo. *Manual de ciência política e de direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. t. I., p. 5.
4. Idem, p. 302-303.
5. SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 59.
6. Idem, p. 71.

4. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E CRIME PERMANENTE

Surge justa, a esta altura, que o leitor indague: mas, afinal, onde estaria a violação de direitos fundamentais na ação policial que ingressa em domicílio alheio em caso de flagrante de crime permanente?

4.1 Constitucional violação de domicílio e lógica formal

Vamos, pois, apresentar o aparente impasse. O art. 5.º, XI, da CF/1988 dispõe que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

O crime de tráfico na modalidade "guardar ou ter em depósito drogas para fins de comércio" é permanente.

O crime permanente pode ser constituído por um único comportamento (aquele que o realiza), revelando-se, numa primeira visada, de estrutura unitária. A lesão contra o bem jurídico tutelado é única e o fato perdura. A conduta ofensiva se protrai no tempo, sendo que a consumação somente cessa (o crime é exaurido) no momento em que termina o comportamento antijurídico (ação ou omissão ou ação e omissão) através da vontade do agente ou por outro motivo qualquer.[7] Há duração do fato, que – como já dito – protrai-se no tempo, com permanência do estado antijurídico, fazendo que com o dano perdure sem interrupção, e por conseguinte, o crime também perdura. O crime permanente atua sobre um bem jurídico suscetível de "compressão", não de "destruição".

Ora, sendo permanente o crime de tráfico nas hipóteses "guardar ou ter em depósito drogas para fins de comércio", a todo momento está presente o estado de flagrância. Conforme ensina Badaró "a prisão em flagrante nos crimes permanentes apresenta peculiaridades, justamente pela natureza do crime, no que toca ao seu momento consumativo. O crime permanente é aquele em que o momento consumativo se protrai no tempo. (...) O art. 303 do CPP dispõe que: 'Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência' (...). A regra do art. 303 do CPP é apenas uma regra de reforço ou explicitação. Mesmo que não existisse, a prisão em flagrante se-

7. RAMPIONI, Roberto. *Contributo alla Teoria del Reato Permanente*. Padova: Cedam, 1988. p. 20.

ria perfeitamente possível. Se o crime está se consumando, há a possibilidade da prisão em flagrante, na sua modalidade flagrante próprio".[8]

Portanto, poderíamos dizer que com base em um raciocínio lógico-formal, aparentemente nada aponta para qualquer irregularidade na invasão de domicílio por policiais, sem mandado judicial, a qualquer hora do dia ou da noite, em caso de crimes permanentes, pois o estado de flagrante é permanente.

Não é bem assim.

Em se tratando de direitos e garantias fundamentais, não podemos nos contentar com a mera lógica-formal como única ferramenta de interpretação.

Há que se buscar o espírito da garantia inscrita no art. 5.º. XI, da CF/1988: o que moveu o Constituinte quando estabeleceu referida garantia? Eis a questão, que não pode ser respondida com base apenas na velha hermenêutica. A transcendência das normas processuais garantidoras inseridas na Constituição Federal, que foram erigidas paralelamente ao constitucionalismo em verdadeira interação entre processo e Estado,[9] não permite que nos contentemos em decifrar normas constitucionais apoiados num único e vetusto viés interpretativo.

4.2 A interpretação teleológica e normas constitucionais processuais penais

Ensina Luís Roberto Barroso que a interpretação constitucional é um fenômeno múltiplo, sobre o qual exercem influência o contexto cultural, social e institucional; a posição do intérprete e a metodologia jurídica. Com ênfase à técnica jurídica, a metodologia clássica remonta a Savigny (1840), que distinguiu os métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico.[10]

Embora nenhum método deva ser absolutizado, para que se compreenda a intenção do constituinte ao proteger o lar dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país contra a indevida invasão, seja do Estado, seja de terceiros desautorizados, há que se recorrer ao método interpretativo que melhor serve de instrumento de checagem das finalidades normativas: o teleológico.

Carlos Maximiliano não pestaneja em afirmar o método teleológico como o que merece preponderância na interpretação constitucional. Igualmente, Jo-

8. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. t. II, p. 187.

9. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 21.

10. BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 129.

seph Story assevera que se pode afirmar com pequena margem de erro que a regra de interpretação constitucional mais segura é a voltada para a natureza e objetivos dos direitos, deveres e competências específicas, "dando às palavras que os exprimem uma força e função compatíveis com seu legítimo significado, de modo que se possa justamente assegurar e lograr os fins propostos".[11]

Conforme interpretação teleológica, "as normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao espírito e à sua finalidade. Chama-se teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito. A formulação teórica da interpretação teleológica é tributada dos estudos de Heck, Geny e, sobretudo, Ihering. Nada obstante, a jurisprudência norte-americana, menos fecunda em formulações abstratas, mas de grande visão pragmática, já captara a relevância superior da finalidade da norma, notadamente na interpretação constitucional, em 1819 no julgamento do caso McCullough *vs.* Maryland".[12]

Isso nada mais é que tentar captar a *ratio legis*, isto é, o fundamento racional da norma. Se de um lado a interpretação histórica define a *occasio legis*, ou seja, a circunstância histórica que gerou o nascimento da lei e que constitui sua finalidade imediata, de outro lado a interpretação teleológica define a *ratio legis*, que é a "força vivente móvel" que anima a disposição e a acompanha em toda a sua vida e desenvolvimento.

Em passagem bastante recordada quando no STF, o Min. Espínola Filho alinhavou a seguinte lição sobre a interpretação teleológica: "O uso do método teleológico – busca do fim – pode ensejar transformação do sentido e conteúdo que parece emergem da fórmula do texto, e também pode acarretar a inevitável consequência de, convencendo que tal fórmula traiu, realmente, a finalidade da lei, impor uma modificação do texto, que se terá de admitir com o máximo de circunspeção e de moderação, para dar estrita satisfação a imperiosa necessidade de atender ao fim social próprio da lei".[13]

4.3 A interpretação teleológica e o art. 5.º, XI, da CF/1988

A orientação lógico-formal que autoriza a promiscuidade do ingresso em domicílio alheio pela polícia, sem mandado, em caso de crimes permanentes, acobertado pelo acima citado art. 303 do CPP, por existir estado permanente

11. Idem, p. 144.
12. Idem, p. 143.
13. Idem, p. 144-145.

de flagrância, deve ser apreciada com reservas. Há que se distinguir teleologicamente os casos emergenciais, daqueles que não apresentam urgência. Se utilizada indistintamente aquela orientação fechada e formal adota-se interpretação perigosa, porque abre espaço para a arbitrariedade.

Basta imaginar a hipótese dos agentes do Estado ingressarem, sem mandado, em uma residência, revistando-a por completo, sem contudo, encontrar drogas. Pergunta-se: tais policiais admitiriam em juízo que procederam à violação, inclusive da intimidade alheia, sem resultado algum, isto é, sem encontrar drogas? Certamente, seria esperar demais exigir uma resposta afirmativa, até porque tais agentes estariam se autorresponsabilizando e responderiam administrativamente e o Estado civilmente, no mínimo.

Sublinhe-se: não se discute que o ingresso em domicílio alheio, sem o consentimento do morador, deve ser feito em caso de crime permanente. O que aqui é pontuado é que isso não deve ocorrer em todo caso em que houver mera suspeita de crime permanente.

Se for feita uma interpretação teleológica do dispositivo constitucional, veremos que ele elenca somente situações emergenciais como sendo as únicas autorizantes da entrada na casa alheia: desastre e prestar socorro.

Quando se referiu ao flagrante delito, o Constituinte o fez imaginando a situação clássica e usual do crime que está acontecendo e é revestido de especial gravidade. O constituinte não pensou nas hipóteses de flagrante permanente, mas, sim, naquelas situações em que a espera por um mandado judicial seria algo impossível e nada razoável, num contexto, aliás, muito próximo daquele em que se "presta socorro".

Existem crimes permanentes que efetivamente não comportam qualquer espera pela autorização judicial para o ingresso no domicílio alheio, como por exemplo, o de extorsão mediante sequestro.

Mesmo no crime de tráfico podem ocorrer situações inúmeras onde a espera pelo mandado judicial é irrazoável. Seria o caso em que se sabe que haverá uma grande partida/saída das drogas em breve e a droga não permaneceria por muito mais tempo no imóvel. Ou seja: ou se ingressa desde logo na casa ou se perde a apreensão das drogas.

Contudo, existem situações onde é possível obter o mandado judicial pela ausência de suspeita de que o entorpecente não mais ficará no imóvel e a espera pela obtenção do mandado judicial é absolutamente razoável. Seriam ainda os casos em que existem diversas denúncias sobre a prática de tráfico em determinado imóvel, denúncias essas fortalecidas por investigações sob a forma de campanas policiais, tudo dando a entender que é habitual a presença de drogas

no imóvel e não há razão para temer que quando venha a se ingressar no imóvel, munido de mandado judicial, não haverá drogas lá. Pelo contrário, um mandado expedido com prazo de validade de alguns dias para ser cumprido, propicia ao policial aguardar pelo melhor momento para ingressar no imóvel, esperando o ensejo em que as suspeitas indiquem a existência de maior quantidade de drogas naquele local.

Enfim, as hipóteses permissivas arroladas pelo art. 5.°, XI, da CF/1988 espelham situações emergenciais, em que seria um absurdo alguém correr ao fórum em busca de um mandado judicial que o autorizasse ingressar na casa alheia. No caso de crimes permanentes, existem situações em que a permanência da situação antijurídica permite, com tranquilidade, a opção por aquele proceder, devendo o agente ou autoridade policial buscar junto ao magistrado competente o devido mandado que o autorize ingressar em residência de terceiro.

4.4 As modernas interpretações constitucionais e o art. 5.°, XI, da CF/1988

A interpretação teleológica vem classificada entre os métodos clássicos de interpretação constitucional. Ao recorrermos às chamadas modernas interpretações da Constituição Federal chegaremos ao mesmo resultado.

Nas palavras de Paulo Bonavides, "a moderna interpretação da Constituição deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, que tanto prosperou na época do Estado Liberal. Redundou assim, na busca do sentido mais profundo das Constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a Sociedade; do Estado com a legitimidade que lhe serve de fundamento (...)".[14]

Ressalto duas principais vertentes interpretativas. Por primeiro, Rudolf Smend, que toma posição inteiramente distinta do teor exegético dos positivistas, afirma um método "científico-espiritual", partindo da premissa de que a Constituição deve ser interpretada sempre como um todo, com percepção global ou captação de sentido. Sentido sempre geral ou de totalidade, que coloca tudo mais *sub specie* do mesmo conjunto. Em segundo, destaco o método interpretativo de concretização, que gravita em torno de três elementos fundamentais: a *norma* que se vai concretizar, a *compreensão prévia* do intérprete e o *problema concreto* a resolver, e assim aplica um "procedimento tópico" de interpretação, que busca orientações, pontos de vista ou critérios-chaves, adotados

14. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 434.

consoante a norma e o problema a ser objeto de concretização. É uma espécie de metodologia positivista de teor empírico e casuístico, que aplica as categorias constitucionais à solução direta dos problemas, sempre atenta a uma realidade concreta, impossível de se conter em formalismos meramente abstratos ou explicar-se pela fundamentação lógica e clássica dos silogismos jurídicos.[15]

Em ambos os métodos, o que se tem como ferramenta principal é a mais ampla dialética que não se limita ao sistema jurídico, mas busca recursos argumentativos em outros ramos do conhecimento humano e na realidade social, transpondo os limites do espaço jurídico e garimpando fontes de respostas em outras instâncias do saber, com vistas a concretizar a norma ou dar-lhe efetividade.

Vejamos agora, sob o prisma de tais métodos, sobre a razoabilidade de aguardar, em casos não emergenciais, pela obtenção de ordem judicial de invasão de domicílio.

E nesse tema, surge como prova irrefutável o testemunho notório da discricionariedade do que se passa no dia a dia forense: são incontáveis os casos em que, ora se vê policiais ingressando sem mandado em casa alheia, sob o argumento de que tiveram conhecimento por denúncias anônimas de que no imóvel havia drogas, ora vemos policiais representando ao magistrado pela obtenção de mandado de busca domiciliar, baseando a representação em relatório emitido pelo setor de investigações da repartição policial.

Não há razão alguma para essa dicotomia de proceder dos agentes policiais que, em alguns casos, beira a arbitrariedade.

De um lado, policiais militares, com boa frequência, ingressam sem mandado judicial, em qualquer horário, em casa alheia, argumentando suspeita de que na residência existem drogas para fins de tráfico, mesmo que já soubessem, pelo respectivo setor de inteligência da polícia militar, que sobre aquele imóvel pesam diversas denúncia sobre tráfico de drogas.

De outro lado, policiais civis (geralmente aqueles que oficiam em delegacias especializadas em combate ao tráfico de drogas) pleiteiam mandados de busca, frequentemente embasados em prévias investigações, como interceptações telefônicas e campanas.

Tal divergência de atuação das policiais não pode contar com o beneplácito do judiciário, uma vez que este é o garantidor das liberdades asseguradas pela Constituição Federal. Além de gerar insegurança jurídica para a sociedade, abre espaço para a corrupção e para a arbitrariedade.

---

15. Idem, p. 435-440.

As bases interpretativas constitucionais comunicativas/dialéticas/espirituais (como esgrimam as interpretações modernas da Constituição) orientam que de modo algum pode o Judiciário aplaudir a conduta policial que ignora a necessidade de mandado quando este seria absolutamente possível obter.

Ferrajoli,[16] sobre esse tema, observa com pontualidade que não se confunde o costume policialesco com o judiciário, pois o que justifica a separação das funções é um conjunto de diferenciações que fazem da polícia uma função político-administrativa, pragmaticamente informada pela prioridade do resultado em relação aos meios de alcançá-lo, os quais, ao invés, são prioritários na atividade judiciária. Ademais, a polícia é naturalmente parcial, enquanto o juiz é necessariamente imparcial; as forças de polícia têm por missão descobrir e capturar os culpados, construindo profissionalmente as suas funções como "luta" contra a delinquência e tendo desta maneira a tendência de considerar todos os suspeitos como culpados e inimigos. Diferenciam-se polícia e Judiciário também pelo caráter discricionário, porque principalmente preventivo da missão da primeira: os aparatos policiais têm como tarefa primária a segurança coletiva contra delitos futuros, mais do que a justiça dos casos individuais e passados, e seguem, portanto, estratégias flexíveis e mutáveis, não subordinadas aos rígidos vínculos legais e procedimentais que devem presidir a verificação judicial dos crimes. Afinal, o próprio poder policialesco é elemento de diferenciação entre Judiciário e polícia: é a relação de sujeição e por vezes de prevaricação que este tende a estabelecer com o inquirido: uma relação que se consuma em segredo, e por isso pode-se transformar em ameaças, enganos, chantagens e negociações realizadas "por debaixo dos panos".

Portanto, à luz desses elementos interpretativos, colhidos com base no que se passa de fato na sociedade e no cotidiano forense criminal, caso a situação concreta permita aguardar por um mandado judicial de busca domiciliar em contexto de crime permanente, este será o proceder correto do ponto de vista constitucional.

4.5 Interpretação do art. 5.º, XI, da CF/1988: aplicação imediata, eficácia irradiante e garantismo

Some-se, ainda em tema de interpretação, que a norma inscrita no art. 5.º, XI, da CF/1988 não é meramente programática, com um sentido a ser desvendado.

16. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 663.

Ela é preceptiva. Como todo direito fundamental, ela se funda na Constituição Federal, e não na lei, "com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas. Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador, venha, antes, repetir ou esclarecer os termos na norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5.°, § 1.°, da CF/1988 autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daquele".[17]

E é isso que faz do art. 303 do CPP uma norma a ser reavaliada em seu sentido, conforme explanação acima exposta, pois não se pode olvidar que "uma das mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento de sua eficácia irradiante. Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o Legislador, a Administração e o Judiciário. Eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a "humanização" da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional".[18]

Essas "novas lentes" pelas quais devem ser examinadas as normas jurídicas são aquelas vincadas pelo garantismo penal, uma vez que entre a Constituição Federal e o sistema penal repressivo, a garantia das liberdades é premissa de trabalho de todo jurista, dada a opção política pelo Estado Democrático de Direito que adotamos no Brasil.[19]

Ao discorrer sobre a interpretação dos direitos fundamentais, Paulo Bonavides,[20] referindo-se à "nova hermenêutica" do "novo Direito Constitu-

17. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 241-242.

18. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 124.

19. BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 379-380.

20. BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 539-540.

cional" ressalta o papel de efetividade que se deve buscar: "os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder. No que concerne ainda à figura abstrata do juiz social, este incorpora em seu juízo ou aparelho de reflexão e entendimento uma vasta e sólida pré-compreensão das questões sociais, pressuposto inalterável de toda a hermenêutica constitucional e de seu conceito de concretização; enfim, aquilo que os alemães com rigor científico costumam designar, numa feliz expressão de linguagem, por *Vorverstaendnis* e que sói fazer na cabeça do magistrado a *ratio* das decisões judiciais com mais sensibilidade para os direitos fundamentais e para o quadro social da ordem jurídica, a que se prende, doravante, a dimensão nova, concreta e objetiva daqueles direitos".

5. O DIREITO ESPANHOL

A interpretação – que de certo modo se pode dizer restritiva – sobre o art. 5.º, XI, da CF/1988, é acolhida pela jurisprudência espanhola, a qual passou a exigir como elementos essenciais para o ingresso em casa alheia, em caso de flagrante: o imediatismo temporal, o imediatismo pessoal e a necessidade urgente. É preciso, pois, que o delito esteja sendo cometido no preciso momento em que se ingressa no imóvel; que o criminoso esteja agindo imediatamente sobre o objeto ou instrumentos do delito, e que, mediante a entrada, a polícia consiga impedir a ação criminosa. O Tribunal Supremo Espanhol afirma que "a necessidade deixará de existir quando a natureza dos fatos permita recorrer à autoridade judicial para obter o mandado respectivo".[21]

Na doutrina espanhola, Iñaki Esparza Leibar entende no mesmo sentido: "nenhum agente policial poderá realizar um registro sem a devida ordem que o autorize, exceto se acredita ferrenhamente não só que existe uma provável cau-

21. PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 139.

sa que fundamente eventualmente uma ordem de registro, mas que também deverá mostrar a existência de circunstâncias urgentes que impedem a obtenção de uma ordem de registro sem grave risco de perda, dano ou destruição da evidência que se pretende conseguir, no tempo que transcorrerá até a efetiva obtenção da ordem".[22]

De igual modo afirma Cleonice Bastos Pitombo:[23] "É necessário, com vistas a infração penal, estar evidente que: (1) o fato deixou vestígios, ou possível elemento probatório; (2) existe a imprescindibilidade de entrada; (3) ocorre a impossibilidade de preservação do local da autorização do local, até a obtenção da autorização judicial. (...) Inadmissível, portanto busca domiciliar, sem mandado judicial, se a situação não era atual nem inequívoca; antes acha-se, de modo induvidoso, demonstrado o estado de flagrante delito, bem como exibidas as circunstâncias urgentes e indispensáveis a assegurar elementos relevantes, para a persecução penal".

Ressalto quatro importantes aspectos sobre o posicionamento adotado pelas Cortes espanholas: (1) não fazem distinção entre flagrante de crime de consumação imediata e flagrante de crime permanente; (2) a situação de flagrância que dispensa mandado judicial e autoriza o ingresso em domicílio alheio representa um contexto muito semelhante à situação de quem ingressa em casa alheia para prestar socorro, em verdadeiro quadro de ponderação de interesses, onde se viola o domicílio para evitar um mal maior; (3) tal qual defendemos neste trabalho, se é possível a espera e a obtenção de um mandado judicial para ingressar em domicílio alheio, deve-se percorrer essa via e; (4) mesmo em caso de flagrante próprio (aquele em que o agente "está cometendo" o crime) se for possível aguardar por ordem judicial, sem prejuízo para a segurança da vítima e para a manutenção e integridade do corpo de delito, pelo mandado deve se aguardar.

5.1 Flagrante próprio, quase-flagrante e flagrante presumido

Aquilo que é afirmado pela doutrina espanhola, nada mais é que uma interpretação restritiva da expressão "flagrante delito", ideação que, se vier a ser transposta para o art. 5.°, XI, da Constituição Federal brasileira, limitará as

22. LEIBAR, Iñaki Esparza. *El principio del proceso debido*. Tese de Doutorado, Universitat Jaume I de Castellón. Disponível em: [www.mediafire.com/?c2m6sj0br57edxk]. Acesso em: 08.09.2011. p. 107; também: _____. *El principio del proceso debido*. Barcelona: Bosch, 1995. p. 85 (Biblioteca da Faculdade de Direito da USP).

23. PITOMBO, Cleunice Bastos, op. cit., p. 140-141.

hipóteses autorizantes de ingresso em casa alheia sem mandado em qualquer hora do dia ou da noite, ao chamado "flagrante próprio".

O art. 302 do CPP define quais são as situações de flagrante. Dispõe que: "considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração".

No inc. I "tem-se a verdadeira situação de flagrante delito: a pessoa 'está cometendo a infração penal'. No inc. II, o crime não está mais sendo cometido (não é mais uma ação presente), mas a pessoa 'acaba de cometer' a infração".[24]

Como já dito acima, o Constituinte, ao elaborar a norma do art. 5.º, XI, da CF/1988, imaginou a hipótese clássica de flagrante. Vale dizer: pensou no flagrante próprio, como hipótese permissiva da invasão em domicílio alheio. O Congressista não rebuscou o pensamento para alcançar as hipóteses respectivamente tratadas nos incs. II, III e IV do art. 302 do CPP, pois "como facilmente se percebe, somente na hipótese do inc. I o agente encontra-se, realmente, em situação de flagrante delito. Em todas as demais situações, há uma equiparação legal de hipóteses fáticas em que o crime não está sendo cometido, mas foi cometido há pouco tempo, ao estado de flagrância".[25]

Assim, num primeiro momento, poderíamos afirmar que o alcance da expressão "flagrante delito" inserida no art. 5.º, XI, da CF/1988, limita-se à hipótese do art. 302, I, do CPP, apenas.

Todavia, um posicionamento algo mais extenso pode ser acolhido com base na lição de Grandinetti.[26] Após deixar claro que não se confundem as hipóteses dos incs. I e II com as dos incs. III e IV do art. 302 referido, o professor e magistrado fluminense coloca: "só restam duas saídas para o intérprete: ou considera que a Constituição deixou a cargo do Código a definição de flagrante, ou entende que a Constituição usou a expressão 'flagrante' no seu rigor técnico, excluindo desta noção qualquer assemelhação legal. No primeiro caminho está a resposta de que é possível penetrar em casa alheia, à noite ou de dia, sem mandado, nas hipóteses dos incs. III e IV do art. 302 do Código. No segundo,

24. BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., p. 185.

25. Idem, p. 186.

26. CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 91-92.

ao contrário, só seria permitido o ingresso em casa alheia, à noite ou de dia, sem mandado, nas hipóteses dos incs. I e II do mesmo dispositivo legal. Ao que tudo indica, o objetivo do Constituinte foi proteger ao máximo a privacidade, só permitindo sua violação em casos excepcionais, que correspondem às exceções taxativamente previstas no dispositivo constitucional em exame; de dia, por mandado judicial; de noite, ou de dia, em caso de flagrante, desastre ou para prestação de socorro, sem mandado judicial. Nesse contexto, depreende-se que o ingresso em domicílio é uma exceção ao direito à privacidade. Para que tal ocorresse seria preciso que o próprio texto previsse a aplicação da definição legal de flagrante consubstanciada no art. 302 do Código. Em conclusão, só é possível o ingresso em domicílio alheio nas circunstâncias seguintes: à noite ou de dia, sem mandado judicial, em caso de flagrante próprio (art. 302, I e II, do CPP), desastre ou prestação de socorro; e durante o dia, com mandado judicial, em todas as outras hipóteses de flagrante (art. 302, III e IV, do CPP)".

Para se encontrar a solução, é preciso conciliar a máxima proteção pretendida pela Constituição Federal sobre o domicílio com o menor número de exceções plausíveis.

Assim, consoante já afirmado acima, uma das situações permissivas de ingresso em casa alheia em flagrante delito incide desde que seja necessário para evitar perigo iminente ou dano contra a vítima do crime, uma vez que não seria razoável aguardar por um mandado judicial.

Sendo assim, permite-se o ingresso em flagrante delito, tanto daquele que "está cometendo" a infração penal, quanto daquele que "acaba de cometê-la", pois nesta última hipótese a infração pode ter acabado de consumar-se, mas seus efeitos podem não ter ainda se produzido, como por exemplo, no caso de uma tentativa de homicídio em que graças ao ingresso na casa evita-se o evento óbito, embora o agente tivesse esgotado todos os meios executórios para a morte da vítima.

Em conclusão: devemos acolher a carga semântica para a expressão "flagrante delito" do art. 5.º, XI, da CF/1988 como sendo aquela que alcança as hipóteses do art. 302, I e II, do CPP.

5.2 Os primeiros passos na jurisprudência brasileira

No direito brasileiro o posicionamento dominante é aquele que se alinha com a desnecessidade de mandado judicial, sempre e sempre que se tratar de crime permanente.

Todavia, três decisões já podemos citar, colhidas nos anos de 2010 e 2011.

A primeira delas revela verdadeiro precedente, pois afirma que nem toda situação de flagrante permanente autoriza ação desabalada da polícia para dentro do imóvel.

As duas outras decisões demonstram séria preocupação com o tema, no sentido de uma real formação da consciência sobre a eminência da garantia da inviolabilidade do domicílio a que me referi no item 1 supra. Vejamos.

1) Em caso de tráfico de drogas, tendo os policiais ingressado em domicílio alheio, sem mandado em meio à noite (ainda que o tivessem não poderiam entrar), encontraram drogas, sendo o agente preso e processado por aquele delito; afinal, foi proferida sentença absolutória com base na motivação teleológica acima exposta, isto é, de que as situações expressas no art. 5.º, XI, da CF/1988 (prestar socorro e desastre) representam contextos emergenciais, em que não seria razoável aguardar por autorização judicial para ingressar no domicílio alheio.

O representante Ministério Público, inconformado com a sentença recorreu. A decisão de primeiro grau foi confirmada pela 4.ª Câm. de Direito Criminal do TJSP, na Ap 0011071-38.2009.26.0566, decidiu-se: "Nesse diapasão, o douto juiz sentenciante, em suas razões de decidir, fez questão de frisar que os milicianos poderiam e deveriam justificar a invasão de domicílio com a requisição de mandado judicial, ou até mesmo, através de indicação das testemunhas que ali estavam presentes quando houve a intervenção policial. Como bem frisou o magistrado, não é porque se trata de crime de efeito permanente que estão legalizados todos os atos praticados pelos agentes policiais, pois devem ser tomadas maiores cautelas para demonstrar, à clara luz, a natureza da diligência e as circunstâncias em que foi exercida".

2) Na Ap 0020153-57.2006.8.26.0224, julgada pela 7.ª Câm. Criminal do TJSP, afirmou-se: "Ademais, há que se considerar que os relatos policiais revelam a ilegalidade da busca domiciliar conduzida na madrugada, sem qualquer respaldo legal, que importou em violação de norma constitucional e processual, quais sejam: (I) 'a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial' (art. 5.º, XI, da CF/1988); (II) 'quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado' (art. 241 do CPP). E não há que se falar que no crime permanente dispensa-se o mandado judicial de busca domiciliar, pois a ilicitude aqui antecede a apreensão da droga e está consubstanciada no ingresso dos policiais em casa alheia".

3) E no RSE 990.09.332009-6, decidido pela 16.ª Câm. de Direito Criminal do TJSP, por sua vez, manteve-se a decisão de 1.º grau que relaxou a prisão em flagrante por violação da inviolabilidade do domicílio, com os seguintes motivos expostos pelos desembargadores: "A prisão como efetuada ofendeu o disposto no art. 5.º, XI, da CF/1988, pois se deu mediante violação de domicílio. E da estrita particularidade do caso dos autos, não se encontra a ação policial respaldada na exceção permissiva constitucional de ingresso em domicílio, no período noturno, pelos agentes do Estado, consistente na ocorrência de flagrante – permanente ao delito como capitulado – já que viciada de ilegalidade em sua origem. Não há nos autos policiais, como bem frisou o d. Juízo, informações robustas, de fonte idônea, acerca da prática do ilícito no local. E tal ação, ainda que independente fosse da campana, se deu mediante conduta arbitrária, entendendo-se a arbitrariedade em seu conceito gramatical, como avesso à lei, já que os agentes, respaldados apenas na afirmação de que 'receberam notícia anônima do crime' invadiram a residência em período noturno. Também é arbitrária a conduta no sentido jurídico, uma vez poder o agente público, no caso o servidor público policial, pelo ato da prisão, agir apenas de modo discricionário, sempre obedecendo os limites legais. Não fizeram. Foram ao local e invadiram a residência da vítima, não constando nos autos policiais a descrição da maneira com que tiveram acesso ao interior da residência. Não se tratava de perseguição, tampouco foi a ação calcada em fidedigna notícia de prática ilícita. Além disso, como sabido, incumbe às autoridades policiais investigar fatos – não pessoas. Inadmitida, assim, a invasão de domicílio para a devassa dos bens e revista dos moradores, sem precedente justa causa ao ato. Assim, e pela estrita particularidade do caso dos autos, de rigor a manutenção da decisão atacada, (...)".

6. O OBJETO DA TUTELA

Embora único o objeto de proteção constitucional ("inviolabilidade do domicílio"), pode ser dissecado em duas partes, desde uma perspectiva epistemológica.

Sob certo ângulo, assim, pode-se falar em proteção de uma situação de fato. Nesse caso estaremos a tratar da inviolabilidade de domicílio que não prescinde de exegese sobre o que cabe na expressão "casa", a fim de buscar a extensão dessa proteção.

De outra visada, podemos dizer que a proteção recai sobre uma situação jurídica, e nesse caso, a inviolabilidade do domicílio está vinculada aos direitos da personalidade. Mais precisamente, ligada à proteção da intimidade. Em tal situação, é preciso, também, compreender os desdobramentos dessa tutela.

6.1 A tutela da situação de fato: a inviolabilidade da "casa"

No que diz respeito à proteção da "casa" o STF vê como objeto da garantia inscrita no art. 5.º, XI, da CF/1988 "(a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade" (MS 23.595/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 01.02.2000).

Conforme nos ensinam Ferreira Mendes, Mártires Coelho e Gonet Banco,[27] constitucionalmente não se pode tomar emprestado do direito civil o conceito de domicílio, sendo a acepção de "casa" ampla no direito constitucional: "o conceito de domicílio abrange 'todo lugar privativo, ocupado por alguém, com direito próprio e de maneira exclusiva, mesmo em caráter definitivo ou habitual'. O conceito constitucional de domicílio é, assim, mais amplo do que aquele do direito civil. Afirma-se em doutrina que a abrangência do termo 'casa' no direito constitucional deve ser ampla, entendida como 'projeção espacial da pessoa', alcançando não somente o escritório de trabalho como também o estabelecimento industrial e o clube recreativo. O domicílio, afinal, coincide com o 'espaço isolado do ambiente externo utilizado para o desenvolvimento das atividades de vida do qual a pessoa ou pessoas titulares pretendem normalmente excluir a presença de terceiros'".

Prosseguem os referidos autores destrinchando: "O lugar fechado em que o indivíduo exerce atividades pessoais está abrangido pelo conceito de domicílio. Esse lugar pode ser o da residência da pessoa, independentemente de ser própria, alugada ou ocupada em comodato, em visita etc. É irrelevante que a moradia seja fixa na terra ou não (*trailer* ou um barco, e.g., podem qualificar-se como protegidos pela inviolabilidade de domicílio). Da mesma sorte, o dispositivo constitucional apanha um aposento de habitação coletiva (quarto de hotel, pensão ou de motel). Não será 'domicílio' a parte aberta às pessoas em geral de um bar ou de um restaurante".[28]

A doutrina também extrai a definição do que vem a ser "casa" a partir do art. 150, § 4.º, do CP, que trata do crime de violação de domicílio. Reza o referido dispositivo que: "§ 4.º A expressão 'casa' compreende: I – qualquer compartimento habitado; II – aposento ocupado de habitação coletiva; III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade".

27. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 388.

28. Idem, p. 389.

Interessante sublinhar, contudo, que as interpretações que recaem sobre o dispositivo penal acima são tão abrangentes que acabam por elaborar verdadeira hermenêutica constitucional, atribuindo ao termo "casa" um significado quase todo coincidente com aquele adotado pelo STF.

Cite-se como exemplo a lição de Cezar Roberto Bitencourt.[29] Para referido autor a expressão qualquer "compartimento habitado" é abrangente e alcança moradias eventuais ou transitórias, podendo configurar "casa" qualquer compartimento habitado, não sendo necessário que esteja "fixa ou afixada em determinado local; pode ser móvel, flutuante, 'errante', como, por exemplo, barco, *trailer*, '*motor-home*', cabina de um trem velho, vagão de metrô abandonado, abrigo embaixo da ponte ou viaduto etc., além de abranger, evidentemente, quarto de hotel, de pensão, pensionato etc.". Quanto a "aposento ocupado de habitação coletiva", trata-se de previsão redundante, pois, é abrangido pela expressão "qualquer compartimento habitado". O texto legal é de "clareza meridiana e pode-se afirmar, com segurança, que hotel, motel, pensão ou similares" equivalem a casa, o mesmo ocorrendo com as partes "ocupadas", seja o quarto com hóspede, seja a parte interna da administração ou mesmo de serviços, como cozinha, lavanderia etc. Relativamente a "compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade", está se referindo não à morada ou "lar", mas ao local onde o indivíduo desenvolve sua profissão, atividade ou seus negócios, tais como os escritórios dos profissionais liberais. Aquele que ingressar nesses locais sem consentimento de quem de direito, pratica o crime de invasão de domicílio. Todavia, as dependências desses escritórios que forem abertas ao público, como, por exemplo, salas de espera, em que as pessoas podem entrar e sair livremente, não são abrangidas pela proteção legal. O Código Penal, no mesmo art. 150, preocupou-se com eventuais dúvidas que poderiam advir de sua definição de "casa" e preferiu dizer, também, o que não é abrangido pela expressão "casa", nos seguintes termos: "§ 5.º (...): I – hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n. II do parágrafo anterior; II – taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero".

6.2 A tutela da situação jurídica: proteção da intimidade e da moradia

A proteção constitucional também tutela situação jurídica, qual seja, a intimidade da pessoa humana, sendo esta exercida naquele espaço geográfico

29. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – Parte especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 2., p. 465-467.

acima designado por "casa". Tal situação de tutela jurídica remete à ideia de "moradia".

Será na moradia do indivíduo, assim designando qualquer lugar, ainda que de permanência temporal, mas sempre privado, onde a pessoa terá condições de exercer sua intimidade. E será no exercício de sua intimidade que desenvolverá sua personalidade e as respectivas potencialidades latentes, que a ninguém mais interessam, senão a essa mesma pessoa. Tal exercício é que permitirá a esse indivíduo encontrar a felicidade: ser uma pessoa feliz, objetivo de todo ser humano. E sendo feliz, melhor interagir com a sociedade, sendo um cidadão voltado a práticas socialmente benéficas e produtivamente edificantes.

Conforme Sérgio Iglesias:[30] "A moradia, conceitualmente, é um bem da personalidade, com proteção constitucional e civil. É, portanto, um bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável da sua vontade e indisponível, exercendo-se de forma definitiva pelo indivíduo; secundariamente, recai o seu exercício em qualquer pouso ou local, mas é objeto de direito e protegido juridicamente. O bem da 'moradia' é inerente à pessoa e independe de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Existe independentemente de lei, porque também tem substrato no direito natural. Atualmente, é uma situação de direito reconhecida pelo ordenamento jurídico, é uma qualificação legal reconhecida como direito inerente a todo o ser humano, notadamente, em face da natureza de direito essencial referente à personalidade humana. A moradia é bem extrapatrimonial que não guarda, necessariamente, qualquer relação com a propriedade, já que as pessoas podem exercer a moradia, v.g., por meio de um contrato de locação residencial ou comodato".

A inviolabilidade do domicílio está vinculada ao direito à privacidade, que é interdependente aos direitos fundamentais.[31] Para fins de proteção jurídica da "inviolabilidade do domicílio", ao se dizer que se protege a "moradia", onde estão incluídos os direitos da personalidade, alcança-se aquele amplo espectro de proteção pretendido pelo Constituinte, pois consoante leciona Sérgio Iglesias: "A moradia pode ser classificada nas suas diversas manifestações, isto é, como bem referente à integridade física, à integridade psíquica ou à integridade moral, tendo-se o direito à moradia como um dos bens de personalidade atrelados à integridade pessoal, de forma que toda pessoa tem direito a que

30. SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação – Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 45-46.

31. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 396.

se respeite sua integridade física, psíquica e moral para o exercício do direito adequado de moradia. O direito à moradia tem as seguintes características, não só por ser direito humano e fundamental, mas por se tratar de um direito de personalidade: intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, universalidade, inviolabilidade (grifo nosso), interdependência – quanto aos efeitos dos demais direitos da personalidade (grifo nosso) –, além de ter caráter extrapatrimonial, de ser impenhorável, vitalício, necessário, essencial, oponível *erga omnes*, absoluto e imprescritível".[32]

7. CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DO DOMICÍLIO NO PROCESSO PENAL

O desrespeito à norma constitucional que assegura a inviolabilidade do domicílio acarreta consequências sobre o processo penal. Veremos duas principais, as quais se projetam sobre o auto de prisão em flagrante e sobre a solução do processo, ou seja, sobre a sentença.

7.1 O auto de prisão em flagrante e a violação de domicílio

Sempre que alguém é preso em flagrante, tal prisão deve ser imediatamente comunicada ao juiz competente, guardião das liberdades, como imperativo constitucional (art. 5.º, LXII).

Por força do disposto na nova redação do art. 310 do CPP, quando o juiz receber o auto de prisão em flagrante, poderá tomar umas das seguintes atitudes: (a) relaxar a prisão ilegal; ou (b) conceder a liberdade atrelada às novas medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320), onde se inclui também, a liberdade provisória, com ou sem fiança, ou; (c) converter a prisão em flagrante em preventiva, desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP, como *ultima ratio*.

Todavia, sendo realizada invasão de domicílio sob alguma daquelas hipóteses que neste trabalho afirmei como ilegítima, caso venha a ocorrer prisão em flagrante do morador, deverá o magistrado relaxar a prisão em flagrante. Relaxamento do flagrante significa o desfazimento da prisão por ausência das condições de flagrância ou não preenchimento dos requisitos formais do auto de prisão em flagrante.

Esse é o mandamento contido no art. 5.º, LXV, da CF/1988: "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária".

32. SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de, op. cit., p. 189.

Assim, caso, por exemplo, um policial ingresse em domicílio alheio sem mandado judicial, em busca de drogas, quando bem poderia ter pleiteado ao magistrado competente a devida ordem, por ausência de receio de perecimento do corpo de delito e fuga do suspeito, quando vier a ocorrer a comunicação da prisão em flagrante ao juiz (art. 306 do CPP), este deverá relaxá-lo, nos termos do art. 310, I, do CPP, expedindo alvará de soltura.

7.2 Relaxamento da prisão em flagrante e medidas cautelares

Surge, então, a questão: caso o juiz relaxe o flagrante por verificar a situação retratada no item acima (6.1), poderia o magistrado decretar a prisão preventiva do suposto traficante ou medida cautelar diversa da prisão? Seria, por exemplo, a hipótese do juiz que relaxa a prisão em flagrante, mas afirma a gravidade do delito e com base em outros elementos ensejadores da prisão preventiva, decreta-a. Poderia?

Teoricamente, nada impede tal conduta processual. Mas, a resposta à questão tem que ser negativa.

Primeiramente, porque o magistrado estaria referendando a ação inconstitucional do Executivo. O juiz abandonaria a postura de garantidor da função ética e política que o processo penal contém.

Também, porque o auto de prisão em flagrante possui natureza precautelar, conforme contorno assumido após a edição da Lei 12.403/2011. Ora, se o auto de prisão em flagrante deixa de existir, por ter sido relaxado, não há contexto de precautela. Logo, não há no que o juiz basear-se para decretar cautelas.

É bem verdade, não existem nulidades em sede de inquérito policial, o que autorizaria o juiz fundar-se no auto de prisão em flagrante relaxado e tomá-lo como elementos de informação para decretar a prisão preventiva. No entanto, estaria incorrendo em grave erro, por não considerar que aquele auto retrata uma ação policial desvirtuada da Constituição Federal em sua essência.

Ademais, a prisão em flagrante existe não somente em função de futura cautela. Existe também com o objetivo de colher as primeiras provas em potencial sobre o fato, isto é, retratar em auto os elementos de informação que poderão servir ao representante Ministério Público para oferecimento da denúncia e como provas no processo penal. Inadmissível nesse contexto que seja aceito como elemento de informação uma invasão de domicílio que poderia ter sido evitada e praticada com base em mandado judicial. Seria o mesmo que admitir como elemento de informação para decreto de prisão preventiva uma confissão policial obtida mediante coação.

7.3 A prova ilícita e o sentenciamento do processo-crime

Dispõe o art. 5.º, LVI, da CF/1988 que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

O art. 157 do CPP, por sua vez reza que "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

Observa Antonio Magalhães Gomes Filho[33] que não havia necessidade do legislador ter tratado no Código de Processo Penal de tema que já estava sedimentado na doutrina a partir do que consta na Constituição Federal. Já dispúnhamos de estudos vastos resultantes de longa elaboração jurisprudencial, que começou na Suprema Corte dos EUA (fins do século XIX), e posteriormente, nos anos 60 e 70, desenvolvidos pelo Tribunal Supremo Federal alemão e pela Corte Constitucional italiana. Coube à jurisprudência norte-americana afirmar pioneiramente a inadmissibilidade processual da prova obtida ilicitamente.

Clássica é a distinção que Nuvulone faz entre provas ilícitas e provas ilegítimas. As primeiras resultam da violação de uma regra de direito material. Nas segundas, o vício advém da violação de normas processuais. Também se distinguem, porque nas provas ilícitas ocorre ilegalidade no momento da obtenção da prova; nas ilegítimas a ilegalidade acontece no instante da produção. Ainda, diferenciam-se pelo fato das provas ilícitas serem inadmissíveis no processo, isto é, não podem ingressar nos autos e se ingressarem, devem ser desentranhadas; as provas ilegítimas são nulas, e sua produção pode ser refeita conforme as regras do devido processo.

De todo modo, mesmo que o legislador tenha se arriscado ao dispor no CPP sobre tema já tão bem assentado na doutrina, não se pode admitir que tenham caído por terra os estudos já construídos. Ademais, ambos os tipos de provas integram o conjunto de provas vedadas pelo ordenamento jurídico, que pertencem ao gênero das provas ilegais.[34]

Importa ressaltar, sim, que caso se verifique no processo penal que ocorreu violação de domicílio numa das hipóteses acima mencionadas (por exemplo, situação de flagrante permanente em caso de tráfico em que era possível aguardar por ordem judicial), não se poderá admitir que uma sentença penal

33. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 262.

34. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. I.

condenatória seja construída com base em tais elementos de convicção. Essas situações frequentemente emergem cristalinas no processo-crime: os policiais declararam que desde algum tempo sabiam de denúncias sobre a existência de tráfico em determinada moradia, inclusive com o nome do suposto traficante, sendo que quando depararam-se com o mesmo na via pública, resolveram abordá-lo e ingressaram em sua casa, onde encontraram entorpecentes. Ora, nada impedia que o mandado de busca tivesse sido pleiteado junto ao juiz competente por ocasião da notícia da traficância. Logo, por qual razão seria admissível no processo penal como se prova lícita fosse, a apreensão de drogas e eventualmente outros objetos encontrados no imóvel, assim declarados pelos agentes policiais? Ficaria ao juiz uma única alternativa: a absolvição do acusado.

Faço questão de colocar como exemplo o tráfico de drogas, por se tratar de situação extrema da criminalidade, que provoca ojeriza e revolta, sendo merecedora de intensa reprovação social e política de combate/guerra por parte do Estado. A tentação de ceder e desrespeitar a inviolabilidade do domicílio é grande, em nome de uma pretensa segurança pública. Sempre que o crime é grave, surgem vozes a defender a flexibilização dos direitos fundamentais de índole processual penal. Conforme nos lembram, oportunamente, Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna, "por mais bem intencionados que estejam os defensores da utilização da prova ilícita para a condenação, parece-nos que o risco de abusos, assim como a experiência recente da ditadura, conspiram pela não aceitação da tese. Ademais devemos lembrar que o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais impede uma interpretação que admitia a prova ilícita 'pro societate'. Esse é o preço que se paga para viver em um Estado Democrático de Direito".[35]

É o que se espera do juiz. Para dizer o óbvio, o juiz é o que o nome diz, um juiz, não um "justiceiro".

8. BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. I.

_____. *Direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. t. II.

35. BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal – Entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 51.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal – Entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – Parte especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 2.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAETANO, Marcelo. *Manual de ciência política e de direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. t. I.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

LEIBAR, Iñaki Esparza. *El principio del proceso debido*. Barcelona: Bosch, 1995.

_____. *El principio del proceso debido*. Tese de Doutorado, Universitat Jaume I de Castellón. Disponível em: [www.mediafire.com/?c2m6sj0br57edxk]. Acesso em: 08.09.2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

RAMPIONI, Roberto. *Contributo alla Teoria del Reato Permanente*. Padova: Cedam, 1988.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação – Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Algumas considerações sobre o princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio, de Dinorá Adelaide Musetti Grotti – *RDCI* 11/5;
- Crime organizado, terrorismo e inviolabilidade do domicílio. Sobre o controle de constitucionalidade de novas regras do direito processual penal alemão e sua relevância para a interpretação do art. 5.º, XI, da CF, de Leonardo Martins – *RT* 824/401;
- Inviolabilidade do escritório do advogado, de Elias Farah – *RIASP* 5/254;
- Inviolabilidade domiciliar, buscas e apreensões e prisão em flagrante, de Tales Castelo Branco – *RIASP* 14/65; e
- Violação de domicílio, de Basileu Garcia – *RT* 760/789.

2 De que forma a análise forense de drogas pode afetar os direitos humanos fundamentais?

How can the forensic analysis of drugs affect fundamental human rights?

Bruno Duarte Sabino

Doutor em Ciências (Biologia Celular e Molecular – Farmacologia). Mestre em Ciências Farmacêuticas. Farmacêutico Industrial.

Rodrigo Grazinoli Garrido

Doutor em Ciências. Mestre em Ciências Farmacêuticas. Especialista em Análises Clínicas e em Bioética. Licenciado em Biologia. Biomédico.

Rodrigo Borges de Oliveira

Doutor em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento. Mestre em Ciências Farmacêuticas. Farmacêutico Industrial.

Alexandre Giovanelli

Doutor em Biologia Parasitária. Mestre em Ecologia. Pesquisador associado do Instituto de Pesquisas e Perícia em Genética Forense. Biólogo. Perito Criminal do Instituto de Criminalística Carlos Éboli.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O flagrante de posse ou venda de drogas é dependente da análise química forense do material apreendido. Esta análise qualitativa será a principal evidência técnica que irá guiar o julgamento e, em última análise, será decisiva para determinar a liberdade ou prisão do suspeito. Dessa forma, os equipamentos e técnicas utilizados pelo químico forense devem garantir um laudo técnico incontestável. Além disso, os métodos utilizados devem seguir os critérios de qualidade de normas internacionais. Finalmente, a cadeia de custódia deve assegurar que o material analisado é o mesmo que foi apreendido com o suspeito. Tais itens são cruciais para uma análise forense criteriosa da droga apreendida e o não cumprimento dos mesmos pode ter um impacto enorme na garantia dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos - Química forense - Cadeia de custódia - Análise de drogas - Qualidade assegurada.

ABSTRACT: In flagrante delicto of drug possession or selling depends on the forensic chemical analysis of the seized material. This qualitative analysis will be the main technical evidence guiding the judgment and, ultimately, will be decisive in determining the freedom or prison of the suspect. Therefore, the equipment and techniques used by the forensic chemist must guarantee an undisputable technical report. Moreover, the methods used must meet the quality criteria of international standards. Finally, the chain of custody of evidence must ensure that the material analyzed is the one seized from the suspect. All of the above are crucial for a judicious forensic analysis of the drugs seized, and noncompliance can have great impact on the enforcement of Human Rights.

KEYWORDS: Human Rights - Forensic chemistry - Chain of custody - Drug analysis - Ensured quality.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Admissibilidade da prova científica no Brasil - 3. Implicações da cadeia de custódia - 4. Testes de triagem: identificação das classes de drogas - 5. Garantia da qualidade no laboratório forense - 6. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A Declaração Universal de Direitos Humanos no seu 13.º artigo é bastante clara quando se refere à proteção do direito de *ir e vir*: "todo ser humano tem o direito de ir e vir de acordo com sua vontade dentro do seu país. Todo ser humano tem o direito de deixar o seu país para ir a outro país; e todo ser humano deve ser capaz de retornar ao seu país quando for de sua vontade" (trad. livre).[1] Entretanto, em todo o mundo, os países adotam medidas para punir os cidadãos que violarem as leis civis ou criminais, através da restrição a determinados direitos fundamentais.

No Brasil, a Lei 11.343/2006 determina a punição de 5 a 10 anos de confinamento em prisão para a pessoa que importar, exportar, enviar, preparar, pro-

1. UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS, G.A. res. 217A (III), U.N. Doc A/810 at 71 (1948).

duzir, fabricar, adquirir, vender, exportar à venda, oferecer, armazenar, transportar, trazer consigo, prescrever, administrar ou prover drogas para consume, mesmo sem a obtenção de lucro financeiro, sem a autorização legal ou em desacordo com a regulamentação ou determinação legal.[2]

Essa mesma lei determina que para a determinação da natureza e quantidade da droga apreendida com o suspeito e para a lavratura do auto de prisão em flagrante, é necessária a realização do laudo pericial.[3] Nesse contexto, as análises químicas conduzidas pelo perito criminal nos Institutos de Criminalística serão cruciais para determinar a presença de uma droga proscrita no material apreendido e, em última análise, determinar o cerceamento do direito de *ir e vir* do suspeito.

Assim, é fundamental uma análise mais cuidadosa da evidência científica. No Brasil, a discussão acerca de quebra da cadeia de custódia de evidência forense ainda é muito pobre. As análises químicas realizadas sem rastreabilidade metrológica ou sem o uso de métodos analíticos padronizados, sem o uso de padrões reconhecidos oficialmente, ou que utilizem métodos com baixa confiança analítica, são fortemente rejeitados pelas instituições internacionais especializadas. As provas obtidas dessa forma também podem ser consideradas ilícitas, mesmo com a aprovação do Estado, com o objetivo de garantir para a sociedade os direitos fundamentais individuais.

Nesse artigo, serão discutidos os aspectos legais e técnicos que podem afetar as evidências científicas do laudo oficial, tais como: o tipo e a qualidade da análise e a cadeia de custódia da evidência forense. Finalmente, avaliaremos as consequências de um laudo oficial cientificamente questionável no cerceamento do direito humano de *ir e vir*.

2. ADMISSIBILIDADE DA PROVA CIENTÍFICA NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988, quando trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, é clara em seu art. 5.°, LVI, que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".[4] Assim, a Lei brasileira segue os principais instrumentos internacionais de direitos humanos, para garantir, entre outras coisas, a cidadania e a dignidade. No entanto, os direitos humanos devem ser considerados como demandas da sociedade que devem ser desta-

2. BRASIL. Lei 11.343. *DOU* 24.08.2006.

3. Idem.

4. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988.

cados e garantidos, mas não considerados como resultados de um benefício dado.[5]

Apesar disto, a admissibilidade de evidências ilícitas é centro de debates e alvo de complexas interpretações legais. Tal discussão não é objetivo do presente trabalho. Por outro lado, faz-se necessário apresentar prontamente as bases teóricas que sustentam essas posições.

Uma análise detalhada da ilegalidade de provas permite distinguir duas categorias de evidências proibidas: as provas ilícitas (ilegalidade extrínseca) e as provas ilegítimas (ilegalidade intrínseca). No entanto, admite-se que o termo *prova ilícita*, escolhido pela Constituição, parece ser baseado em idioma estrangeiro, abrangendo ambas as classificações.[6]

1) substantivo

1. objetivo
2. fim
3. alvo
4. intuito
5. intenção
6. pontaria
7. mira

2) verbo

1. visar
2. apontar
3. atirar
4. lançar

Porém, para essa classificação, deve ser analisado o momento em que as regras de direito foram ofendidas. De acordo com Nascimento, em primeiro lugar, pode-se determinar se a violação ocorreu durante a coleta das provas, transgredindo regra de direito substantivo, os princípios gerais do direito, a moral e os costumes. Nesse caso, a prova seria ilegal. Por outro lado, no caso de romper com o rito do processo, sendo introduzida de forma a violar o mesmo, seria considerada ilegítima.

---

5. HERKENHOFF, João Batista. *Gênese dos direitos humanos*. 2. ed. Aparecida: Santuário, 2002.
6. NASCIMENTO, José Carlos do. As provas produzidas por meios ilícitos e sua admissibilidade no Processo Penal. *Jus Navigandi*. n. 779. ano 10. Teresina, ago. 2005. Disponível em: [http://jus.com.br/revista/texto/7180]. Acesso em: 31.03.2012.

Entre as teorias para a admissibilidade das provas constitucionalmente ilícitas, encontra-se aquela que sustenta a recusa apenas das provas ditas ilegítimas. Esta teoria considera que o direito processual é autônomo sobre o direito material e, portanto, a penalidade para ilegalidade na evidência gerada deve ser criminal e não processual.

Por outro lado, entre as teorias que rejeitam as provas produzidas ilegalmente, encontra-se a que seria a antítese do que foi anteriormente apresentado. Segundo esta teoria, violar a lei é uma completa ilegalidade, o que não torna possível destacar o direito material do processual.

Outra razão para a inadmissibilidade de tal categoria de prova seria a presunção de legalidade e moralidade dos atos estatais. Dessa forma, não se permitiria que seus agentes utilizassem meios ilícitos. Para uma terceira teoria, os ferimentos e danos aos princípios constitucionais dos direitos fundamentais do cidadão tornam toda prova ilícita.

Finalmente, há uma teoria que, apesar de considerar a inconstitucionalidade da prova ilícita, torna possível sua admissão pelo princípio da proporcionalidade, ressaltando a preservação de valores da sociedade. No entanto, em geral, é bastante pacífico, o aceite da evidência ilegal, quando traz benefícios *in dubio pro reo*.[7] No entanto, há pensadores que apontam a proteção da sociedade como merecedor deste mesmo direito.[8]

De acordo com Avena, evidências científicas, juntamente com interrogatórios, confissões, depoimentos e documentos são comumente considerados como meios de prova.[9] Entre elas não há hierarquia e o juiz é convencido pela livre e racional avaliação da prova.[10] Por outro lado, a análise de vestígios deixados em crimes, como drogas no caso de tráfico, corpo de delito, é essencial para o juiz estabelecer a sua convicção. Entretanto, isso requer que qualquer técnica ou procedimento de análise forense seja feito dentro dos padrões e processos considerados corretos, tanto em termos de desenvolvimento técnico-científico, abordagem proposta por este artigo, quanto no tocante ao enquadramento aos ritos processuais. Caso contrário, corre-se o risco de que as provas materiais possam ser anuladas e o processo penal extinto sem os autores.[11] Tais demandas reduzem enormemente a liberdade do juiz na apreciação das mesmas.

---

7. AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
8. HERKENHOFF, João Batista. Op. cit.
9. NASCIMENTO, op. cit.
10. HERKENHOFF, João Batista. Op. cit.
11. BRASIL, Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941 – Código de Processo Penal.

A relação entre produção da prova científica e a garantia dos direitos humanos é tão patente que o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) explicita como ação programática a necessidade de propor-se por meio do Ministério da Justiça a "padronização de procedimentos e equipamentos a serem utilizados pelas unidades periciais oficiais em todos os exames criminalísticos e médico-legais".[12] Além disso, o PNDH-3 explicita a necessidade de dar celeridade aos procedimentos e monitorar a produção e a qualidade dos laudos produzidos nos referidos órgãos.

Para tanto, a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República acredita ser essencial a garantia da autonomia administrativa e funcional dos órgãos periciais e o estabelecimento de um plano de carreira da dedicação exclusiva dos profissionais da perícia.

Assim, como descrito por Miranda e Luz, para garantir os direitos fundamentais de todos, é preciso que políticas públicas de segurança garantam a inclusão social e a correção às desigualdades jurídicas, com a ampla defesa.[13] Por conseguinte, o Estado deve assegurar o exercício da cidadania que orienta uma sociedade democrática. Neste âmbito encontra-se a produção da prova científica licita e legítima, pois como descrito por Vannuchi, "sempre que um direito é violado, rompe-se a unidade (conjunto dos Direitos Humanos) e todos os demais direitos são comprometidos".[14]

3. IMPLICAÇÕES DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Uma das questões mais críticas para a confiabilidade da ciência forense no Brasil é a existência de uma cadeia de custódia. A cadeia de custódia pode ser definida como um processo para manter e documentar a história cronológica da evidência, para garantir a idoneidade e o rastreamento das evidências utilizadas em processos judiciais.[15] Abrange desde a coleta e identificação inicial dos vestígios relacionados a um crime, passando pelo acondicionamento, registro da transferência do material entre instituições e deposição final. Este processo pressupõe a existência de protocolos legais de procedimentos, disponibilidade de tecnologias e materiais de preservação da prova, além de meca-

12. BRASIL, Dec. 7.037, de 21.12.2009. Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3, Diretriz 13, objetivo estratégico III, ação programática "c", 2009.

13. MIRANDA, Ana Paula Mendes de; LUZ, Eliane Santos da. *Ética e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Instituto de Segurança Pública, 2008. Coleção Instituto de Segurança Pública. Série Formação Policial, vol. 4.

14. VANNUCHI, P. Prefácio do PNDH-3, 2009.

15. DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. *Revista dos Tribunais* 883/436. São Paulo: Ed. RT, maio 2009.

nismos organizacionais e informacionais de localização deste material. Todos esses procedimentos visam à garantia de duas características básicas da prova material, a saber: a integridade e a identidade.

A integridade da prova material está relacionada com a preservação das características e propriedades originais dos vestígios coletados. Neste caso, estão incluídos todos os processos que tenham como finalidade: identificar e proteger as evidências frágeis e/ou perecíveis, garantir que todas as evidências sejam imediatamente documentadas e fotografadas, preservar as evidências coletadas de contaminações e distúrbios físicos, prevenir as contaminações cruzadas, utilizar equipamentos de proteção individual (EPIs) para prevenir a contaminação do perito e para minimizar a contaminação do local. Esses procedimentos podem ser encontrados em manuais de diversos países.[16-17]

A identidade da prova material está relacionada com a garantia de que a evidência citada em todas as fases processuais é a mesma daquela que foi originalmente coletada no exame de corpo de delito. Os processos utilizados para preservação da identidade do vestígio pressupõem o uso de controles administrativos e tecnologias de informação para rastreamento dos movimentos e encaminhamentos da prova entre diferentes setores e instituições, além de sua localização e acesso imediato quando se fizer necessário.

No Brasil, são precários os mecanismos desenvolvidos no intuito de garantir tanto a integridade quanto a identidade dos vestígios. No primeiro caso, existem apenas alguns dispositivos legais que visam a preservação do local de crime ou que são meramente sugestivos no que concerne ao desenvolvimento de padrões e protocolos de exames, coleta e acondicionamento. Poucas são as instituições periciais que dispõem de procedimentos operacionais padrões que explicitamente orientem os profissionais envolvidos no manuseio, coleta e análise de vestígios, incluindo as drogas e exames toxicológicos em geral. Isso é tanto mais crítico se considerarmos que certos exames toxicológicos só são viáveis se o vestígio analisado tiver sido devidamente preservado contra a ação de microorganismos, como bactérias e fungos. Da mesma forma há o caso de produtos controlados ou envolvidos em situações relacionadas a crimes, os quais têm suas propriedades físicas e/ou químicas rapidamente alteradas.

---

16. UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Technical Working Group on Crime Scene Investigation. *Crime Scene Investigation: A guide for law enforcements*, jan. 2000. p. 11-35. Disponível em: [www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/178280.pdf]. Acesso em: 25.09.2010.

17. UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Federal Bureau of Investigation. Laboratory Division. *Handbook of Forensic Services*. Quantico, Virginia; 2007. Disponível em: [www.fbi.gov/about-us/lab/handbook-of-forensic-services-pdf/view]. Acesso em: 25.09.2010.

Os mecanismos que visam garantir a identidade e a rastreabilidade da prova são rudimentares em nosso país e estão baseados em protocolos burocráticos (ofícios e circulares internas) de encaminhamento de material, os quais foram desenvolvidos originalmente para trâmites cartoriais. Da mesma forma, não há pessoal técnico científico capacitado ou mesmo condições materiais para que ocorra um controle rígido dos deslocamentos da prova. O grande problema desta deficiência é a possibilidade de extravio de vestígios ou a contaminação cruzada,[18] sem que seja possível estabelecer a responsabilidade dos agentes envolvidos. No caso de substâncias entorpecentes, a ausência de garantias de identidade e integridade da prova pode ocasionar a perda, por exemplo, da contraprova que acaba se extraviando e com ela limita-se a previsão legal de ampla defesa do réu.

Em realidade o grande problema é a falta de legislação unificada em nível nacional e os escassos e pouco dispositivos legais estaduais que tratam explicitamente da cadeia de custódia. Em 2005 deu-se um passo importante nesse sentido com a promulgação do Plano Nacional de Segurança Pública, em que foram traçados objetivos, metas e planejamentos de ações visando o estabelecimento de unidades de cadeia de custódia. Entretanto, em 2007, o governo federal efetuou uma reformulação na política de segurança pública, retirando o Plano Nacional e criando o Pronasci.[19] Embora o Pronasci tenha suas vantagens, pois fixa legalmente as pretensões do governo federal, houve um retrocesso em relação à perícia e as garantias da inviolabilidade da prova material em geral, pois não previu nenhum dispositivo visando regular esse assunto. Todavia, nesse ínterim, ocorreu a reformulação do Código de Processo Penal (Lei 11.690/2008), que introduziu, dentre outras modificações, a figura do assessor técnico, sendo um importante passo para forçar a criação de mecanismos de garantia da identidade e da integridade da prova material. Isso abriu precedente para que os assessores tivessem acesso à prova coletada e examinada por peritos oficiais e pudessem contestá-las caso considerassem que a prova foi violada ou tornou-se inidônea. Aliás, essa possibilidade de contestação da prova é de extrema valia não só para viabilizar discussões que visem a criação e fortalecimento de cadeias de custódia, mas também para fortalecer a cientificidade dos procedimentos periciais vigentes. Nesse sentido, todo o vestígio coletado ou examinado deve estar associado a procedimentos baseados em

18. LOPES, Marilu; GABRIEL, Maria Madalena; BARETA, Grace Maria Scott. Cadeia de custódia: uma abordagem preliminar. *Visão Acadêmica*. vol. 7. n. 1. p. 55-58. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

19. BRASIL. Lei 11.690, de 09.06.2008.

hipóteses e experimentações que tenham como possibilidade a falseabilidade que é a característica fundamental do método científico.[20] Portanto, o estabelecimento de cadeias de custódia com protocolos bem definidos é um passo importante para que os exames toxicológicos realizados nas instituições periciais tenham sua idoneidade e cientificidade garantidas.

4. TESTES DE TRIAGEM: IDENTIFICAÇÃO DAS CLASSES DE DROGAS

Um dos principais objetivos da química analítica é o de garantir a consistência da informação química liberada pelo laboratório com aquilo que verdadeiramente está presente nos objetos ou sistemas submetidos à análise. Nas análises de drogas, o desafio está em obter respostas gerais baseadas simplesmente em sistemas binários sim/não, ao invés de obter informações detalhadas das características químicas das substâncias.[21]

A resposta binária mais simples possível neste contexto seria a identificação do analito (droga) em uma amostra (exemplo: cocaína apreendida) como resposta para um questionamento complementar, "este analito encontra-se na amostra?". Em se tratando de uma informação qualitativa, deve-se considerar um limite de concentração ou faixa de corte imposta pela legislação de cada país.[22] No Chipre, a posse de mais de 10g de cocaína ou de ópio, cria a presunção legal que o indivíduo pretende vender a droga. Neste caso, a questão a ser discutida será "a concentração do analito está acima desta faixa de corte?", A resposta binária a esta questão terá, obviamente, mais conotações quantitativas do que na forma mais simples possível onde se pretende apenas definir se há ou não a presença da droga na amostra.[23]

A análise de drogas apreendidas é uma prática que envolve a aplicação da lei para se determinar a presença ou ausência de substâncias controladas na amostra. A quantidade de material submetida a exame pericial é, geralmente, suficiente para ser visível ao olho humano. Esta faixa varia desde resíduos encontrados, em geral, por exemplo, em objetos utilizados para fumar, até toneladas de materiais apreendidos em transportes de cargas ou em grandes

20. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2001. p. 55-58.

21. VALCÁRCEL M.; CARDENAS, S.; GALLEGO M. Qualitative Analysis Revisited. *Critical Reviews in Analytical Chemistry*. n. 30. vol. 4. p. 345-361. 2000.

22. LOPES, Marilu; GABRIEL, Maria Madalena; BARETA, Grace Maria Scott. Op. cit.

23. Idem.

armazéns. Tais amostras são apreendidas por força de lei, no caso de indivíduos que estejam com a posse, vendendo, produzindo ou tentando realizar tais atos. Estas análises diferem das análises toxicológicas, uma vez que não estão relacionadas com as análises de metabólitos, não envolvendo, assim, o processo de extração a partir de matrizes biológicas. Bem como diferem das análises ambientais pela maior quantidade de analito geralmente presente na amostra (da ordem de miligramas ou mais) e porque não envolve a análise elementar.[24]

A análise de drogas apreendidas pode envolver tanto determinações qualitativas quanto quantitativas. As análises quantitativas são mais comuns com finalidade investigativa ou para auxiliar a corte judicial em uma determinada sentença. Tendo em vista que tais análises envolvem um contexto forense, a mesma pode requerer a apresentação e defesa dos resultados dos exames pelo analista em uma corte criminal. As técnicas mais comuns empregadas nas análises de drogas apreendidas incluem os testes colorimétricos; a microscopia; as cromatografias em camada delgada, gasosa e líquida de alta eficiência (CCD, CG, CLAE); a espectrometria de massas (EM); e as espectroscopias no ultravioleta e no infravermelho (UV, IR).[25]

Seguindo as boas práticas de laboratório, uma identificação positiva deve se basear em pelo menos dois resultados positivos a partir de duas metodologias diferentes utilizando alíquotas separadas do material de análise. Os resultados dos exames devem ser revisados por pelo menos dois analistas que estejam totalmente familiarizados com o protocolo de análise.

Os primeiros testes realizados em uma amostra são testes de triagem que dão uma indicação da classe de droga que pode estar presente na amostra. Estes testes são geralmente realizados em placas de porcelana limpas, em soluções ou em substratos adsorventes. Os tipos de testes de triagem mais comuns envolvem a adição de diferentes reagentes à amostra para a produção de uma coloração específica. Outros testes envolvem o uso da microscopia para identificar tricomas em amostras suspeitas de serem maconha ou testes onde a formação de cristais específicos indica a presença de uma determinada classe de drogas. Em todas estas análises devem ser utilizadas amostras controles positivas e negativas.[26] Tais controles servem como pontos de

24. TSAI, Jane S.-C. Immunossay technologies for drugs-of-abuse testing. In: SMITH, Frederick P. (ed.). *Handbook of forensic drug analysis*. San Diego: Elsevier Academic Press, 2005. p. 13-17.

25. POPPER, Karl. Op. cit.

26. DAÉID, Niamh Nic. Systematic drug identification. *Forensic sciences*. Glasgow: Elsevier, 2005. p. 471-480.

referência em relação às mudanças de cores que devem ser observadas na amostra testada.[27]

A maioria dos testes de triagem é conduzida em placas de porcelana. Há uma série de vantagens em relação ao uso dos testes de triagem: estes possuem baixo custo, são rápidos e fáceis de serem conduzidos. Estes ainda possuem a vantagem de poderem ser adaptados para o uso portátil. Assim, diversos testes realizados em rodovias para a detecção de drogas no organismo humano foram baseados em testes de cor.

As principais desvantagens dos testes de cor são: a observação das cores formadas é subjetiva, as cores podem se alterar ao longo do tempo, dois compostos distintos podem produzir o mesmo resultado de cor numa determinada reação, incluindo substâncias não controladas. Estes testes também apresentam sensibilidade limitada (poucos microgramas) e, assim, não devem ser utilizados em análises de traços de uma determinada substância em uma amostra.[28]

O grande problema na utilização de testes de triagem como testes confirmatórios está na diferença entre a absoluta certeza do analista acerca da identidade da amostra e a sua incapacidade de demonstrá-la em um tribunal. Ainda que a experiência profissional deva ser sempre levada em consideração, os tribunais, sobretudo os criminais, demandam provas formais e muito sólidas.

Dessa forma, os peritos de um laboratório forense devem:

1. Estar atentos aos procedimentos operacionais padrão (POPs) e a outros sistemas que garantam a qualidade do serviço realizado no laboratório, bem como que visem a acreditação do laboratório.

2. Seguir estes POPs até que um resultado analiticamente satisfatório seja alcançado.

3. Ser capaz de explicar no Tribunal as bases científicas de seu laudo pericial e das conclusões do mesmo.

4. Impedir as pressões indevidas efetuadas pelo gerente do laboratório, por policiais ou por oficiais de justiça para produzir uma análise ou opinião fora dos padrões de qualidade do laboratório.[29]

O Grupo de Trabalho Científico para a Análise de Drogas Apreendidas (SWGDRUG) redigiu um documento que descreve as recomendações para este

27. COLE, Michael D. *The analysis of controlled substances*. West Sussex: John Wiley & Sons, 2003.

28. VALCÁRCEL M.; CARDENAS, S.; GALLEGO M. Op. cit.

29. HIBBERT, D. Brynn. Scientist vs. the law. *Accreditation and Quality Assurance* 8/179-183. New York: Springer, 2003.

tipo de exame.[30] Este documento serviu como base para que a Sociedade Americana para a Testagem e Materiais (ASTM) desenvolver um guia para a análise forense de drogas.[31] Neste guia, os testes de cor são claramente definidos como testes de triagem e só podem ser utilizados para guiar o analista para a execução de outras análises confirmatórias, tal qual a cromatografia gasosa acoplada à espectrometria de massas (GC-MS).

A única exceção para esta regra é a análise de maconha (espécie: *Cannabis sativa*), uma vez que a maconha exibe características físicas que são facilmente reconhecíveis. Os exames macro e microscópicos realizados na maconha são considerados como técnicas não correlacionadas de Categoria B (onde se encontram as técnicas que podem ser combinadas com outras técnicas para gerar um resultado confirmatório), desde que as observações incluam documentos detalhados das características botânicas da erva.[32]

Entretanto, tais análises devem ser realizadas por analistas competentes em identificações botânicas. Nesse contexto, a competência botânica se aplica aos profissionais botânicos ou àqueles que demonstrarem competência para tal.[33]

Embora não seja o objetivo deste artigo, nós iremos apresentar rapidamente os princípios básicos dos testes de triagem para a cocaína, o LSD e para os derivados anfetamínicos, a fim de ilustrar as limitações destes métodos quando utilizados de maneira definitiva.

O teste de triagem clássico para o LSD é o reagente de Ehrlich. Neste exame, 1g do reagente (p-dimetilaminobenzaldeído) é dissolvido em 10 ml de ácido ortofosfórico. Uma pequena quantidade da solução reagente é então adicionada tanto diretamente à amostra, quanto ao extrato desta amostra e observa-se a produção de cor. Caso haja a formação de coloração azul púrpura, então se pode suspeitar da presença de LSD e ensaios confirmatórios adicionais devem ser realizados.[34]

O reagente de Ehrlich reage com uma grande variedade de substâncias controladas principalmente com outros alcaloides indólicos. Assim, uma reação

---

30. DEPARTMENT OF JUSTICE. Drug Enforcement Administration. *Scientific Working Group for the Analysis of Seized Drugs recommendations for education and training, quality assurance, methods of analysis/SWGDRUG*, 2006. Disponível em: [www.swgdrug.org/Documents/SWGDRUG%20Recommendations%206.pdf].

31. American Society for Testing and Materiais. *ASTM E2549 – 09 Standard Practice for Validation of Seized-Drug Analytical Methods*. West Conshohocken/PA – USA. April, 2009.

32. COLE, Michael. D. Op. cit.

33. Idem.

34. SMITH, F. P. Op. cit.

positiva não pode servir como prova para indicar a presença de uma droga específica. Este é o motivo da necessidade da realização de ensaios confirmatórios adicionais.[35]

Embora existam diversos testes de triagem disponíveis para a análise de cocaína e de substâncias relacionadas a esta, nenhum teste, isoladamente, é específico para a molécula de cocaína. Um teste de triagem muito simples consiste na adição ao material a ser investigado de uma solução a 2% (peso/volume) de tiocianato de cobalto em água. A presença de cocaína e de alcaloides relacionados a esta na amostra resulta na formação de cor azul. De forma interessante, a diamorfina (heroína) e o temazepam também geram coloração azul nesta reação, porém nenhuma outra espécie de opiáceos ou de benzodiazepínicos gera este resultado. Além destes, alguns anestésicos locais também geram resultado falso-positivo neste ensaio. Deve-se sempre lembrar que controles positivos e negativos devem sempre ser utilizados ao mesmo tempo em que a amostra está sendo analisada.[36]

De forma curiosa, em laboratórios forenses no Brasil, pode-se observar que a análise de leite em pó com a solução de tiocianato de cobalto também resulta em coloração azul (dados não publicados). Este reação particular pode ser determinante nas análises forenses de copos e mamadeiras de crianças contendo resíduos de leite em pó, uma vez que os testes de triagem podem gerar um resultado falso-positivo.

Nas análises de derivados anfetamínicos, dos testes de triagem disponíveis, o mais comumente utilizado é o Teste de Marquis. Nesta análise, uma pequena quantidade do *Reagente de Marquis* é adicionado à amostra a ser testada; em paralelo são realizados ensaios com controles positivos e negativos. O teste de Marquis gera coloração amarela a laranja na presença de anfetamina e metanfetamina, dependendo da concentração da droga na amostra; quanto mais concentrada a amostra, um laranja mais forte será produzido. Para os compostos 3,4-metilenodióxi, uma coloração azul a roxa é obtida; o que não deve ser confundido com a coloração índigo que se obtêm quando os opiáceos são testados com o reagente de Marquis.

5. GARANTIA DA QUALIDADE NO LABORATÓRIO FORENSE

A confiabilidade dos resultados analíticos é uma questão de grande importância na análise forense, uma vez que os resultados podem tomar grandes

35. Idem.

36. Idem.

implicações legais.[37] Nesse sentido, o uso da metrologia, que é a ciência da medição e suas aplicações, é de grande relevância para as ciências forenses.[38]

A Metrologia Forense é definida como a aplicação de padrões de medição visando à solução e prevenção de crime.[39-40] Há muitas abordagens que permitem assegurar a validade das medições: (a) uso de métodos validados e equipamentos apropriados; (b) pessoal qualificado e competente para a realização dos trabalhos; (c) garantia de comparabilidade com as medições realizadas em outros laboratórios (rastreabilidade e incerteza de medição); (d) disponibilidade de evidência independente de desempenho (teste de proficiência); (e) emprego de procedimentos bem definidos de controle de qualidade e garantia da qualidade, preferencialmente que envolva acreditação por terceira parte.[41]

Dentre as abordagens citadas acima, a validação de métodos é fundamental. A validação pode ser definida como a verificação de que os requisitos especificados são adequados para o uso pretendido.[42] Para confirmar a validade de um método ou processo para fins de investigação forense, estudos de validação devem ser realizados.[43] Isto significa que todos os procedimentos técnicos utilizados em um laboratório forense devem ser completamente validados antes de serem utilizados em casos reais.[44-45]

Na validação dos métodos de ensaio, os seguintes parâmetros (dentre outros) são os que mais frequentemente precisam ser determinados: efeitos de matriz; interferentes; especificidade; linearidade e faixa de trabalho; precisão; exatidão; homogeneidade da amostra; estabilidade dos compostos medidos e incerteza da medição.[46]

---

37. WESTPHAL, F.; FRANZELIUS, C.; SCHÄFER, J.; SCHÜTZ, H. W.; ROCHHOLZ, G. Development of a validated method for the simultaneous determination of amphetamine, methamphetamine and methylenedioxyamphetamines (MDA, MDMA, MDEA) in serum by GC-MS after derivatisation with perfluorooctanoyl chloride. *Accreditation and Quality Assurance* 12/335-340, 2007.
38. JOINT COMMITTEE FOR GUIDES IN METROLOGY (JCGM). Op. cit.
39. WEBSTER, J. G. *Measurement standards in the measurement, instrumentation, and sensors handbook*. Boca Ranton: CRC Press, 1999.
40. VOSK, T. W. et al. *Forensic metrology: a primer for lawyers, judges and forensic scientists*. West Sussex: CRC Press, 2009.
41. ILAC, Selection and use of reference materials, Ilac-G9, 2005. 15 p.
42. FRA-1. *Forensic Requirements for Accreditation*. 2008.
43. NAS. *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*, 113, 2009.
44. ILAC. *Guideline for Forensic Science Laboratories*, Ilac G19: 2002.
45. FRA-1. Op. cit.
46. JOINT COMMITTEE FOR GUIDES IN METROLOGY (JCGM). Op. cit.

A compreensão das variáveis inerentes a um sistema de medição que trata das características qualitativas é fundamental para um bom programa de garantia da qualidade.[47] A mais comum, e provavelmente a mais útil, forma de tratamento de dados na validação de métodos de ensaios qualitativos é o cálculo e o relato da especificidade e sensibilidade (ou taxas de falso-positivo e falso-negativo).[48] Além disso, é crucial a determinação do limite de detecção do método.

Ao se envolver na análise qualitativa, como os testes de triagem, o paradigma das conclusões do tipo *sim/não* é útil para descrever e quantificar a acurácia com que as disciplinas das ciências forenses podem oferecer respostas. Em tais situações, os resultados das análises pelos quais a verdade é conhecida podem ser classificados como verdadeiro-positivo, falso-positivo (erro do tipo II), verdadeiro-negativo e falso-negativo (erro do tipo I). Nos casos reais, os cientistas forenses podem empregar sensibilidade, especificidade, valor preditivo positivo e valor preditivo negativo como medidas quantitativas da falta de confiabilidade.[49] Embora estes parâmetros quantitativos sejam determinados, a análise qualitativa está em foco.

Os cientistas forenses precisam identificar e, quando possível, quantificar seus estados de conhecimento, além de serem consultores na avaliação das incertezas associadas com os interferentes que podem ser trazidos das evidências forenses.[50] A fim de garantir a rastreabilidade e a comparação dos resultados no tempo e no espaço, o acesso a materiais de referência é essencial para que se possa identificar e atribuir valores aos materiais, calibrar os instrumentos, avaliar métodos de medição e garantir a validade dos ensaios qualitativos. Neste sentido, os materiais de referência devem ser utilizados para procedimentos qualitativos e quantitativos, além de ser um dos principais componentes necessários para a obtenção da rastreabilidade metrológica.[51-52]

---

47. REEDER, D. J. Impact of DNA typing on standards and practice in the forensic community. *Arch Pathol Lab Med* 123/1063-1065. nov. 1999.
48. ELLISON, S. L. R.; FEARN, T. Characterizing the performance of qualitative analytical methods: Statistics and terminology. *Trends in Analytical Chemistry*. n. 6. vol. 24. p. 468-470. jun. 2005.
49. VOSK, T. W. Op. cit.
50. TARONI, F. *Bayesian networks and probabilistic inference in Forensic Science*. Wiley, 2006.
51. VOSK, T.W. Op. cit.
52. GULLBERG, R. G. Estimating the measurement uncertainty in forensic breath-alcohol analysis. *Accreditation and Quality Assurance* 11/562-567, 2006.

Os resultados de provas de identificação (análises qualitativas) devem se limitar à transmissão da taxa de verossimilhança, que é o resultado de um teste estatístico usado para comparar o ajuste de dois modelos de modo a prover uma medida do impacto da evidência na hipótese inicial H. Assim, tal teste pode prover ao tribunal informações importantes ao prover uma medida quantitativa da relevância e peso, por exemplo, da evidência em análises qualitativas cuja resposta seja *sim/não*, *positivo/negativo* etc.[53]

O controle de qualidade na área forense resulta de um equilíbrio adequado entre considerações instrumentais e protocolares. Muitos países, infelizmente, despendem muito esforço na seleção de equipamentos, dando pouca atenção aos protocolos analíticos. A integridade na área forense resulta de uma contribuição equilibrada de todos os elementos que afetam os resultados das medições.[54]

Os laboratórios forenses devem estabelecer uma rotina de procedimentos de garantia da qualidade e controle de qualidade a fim de assegurar a acurácia das análises forenses e do trabalho dos profissionais forenses. Procedimentos de controle de qualidade devem ser concebidos para identificar erros, fraude e desvios; confirmar a continuidade da validade e confiabilidade dos protocolos e procedimentos operacionais padrão; assegurar que as melhores práticas estão sendo seguidas; e corrigir procedimentos e protocolos que necessitam ser melhorados.[55]

Sempre que possível, o laboratório deve procurar atestação de um outro órgão que irá prover a demonstração formal de sua competência para realizar tarefas específicas de avaliação da conformidade. Esta demonstração formal é chamada de acreditação, de acordo com a ISO/IEC 1777.[56] No caso dos laboratórios forenses, os mesmos devem ser acreditados de acordo com a ISO/IEC 17025, pois esta norma internacional especifica os requisitos gerais para a competência na realização de ensaios e/ou calibrações. As duas principais seções da ISO/IEC 17025 são: Requisitos Gerenciais e Requisitos Técnicos. Os requisitos gerenciais estão essencialmente relacionados com o funcionamento e a eficácia do sistema de gestão da qualidade dentro do laboratório, ao passo que os requisitos técnicos incluem fatores que determinam o quão correto e

53. CHAMPOD, C. Identification and Individualization. *Encyclopedia of Forensic Science*. In: MOENSSENS, A.; JAMIESON, A. London: John Wiley & Sons, 2009. vol. 3. p. 1508-1511.

54. VOSK, T.W. Op. cit.

55. Idem.

56. ISO/IEC 17000. *Conformity assessment – Vocabulary and general principles*. 2004.

confiável são os resultados dos ensaios e calibrações realizados no laboratório.[57]

Ao colocar todas essas questões em prática, a prática forense se torna de alta qualidade, confiável e segura, garantindo que as decisões tomadas, principalmente com base em laudos técnicos, são decisões corretas e não prejudicam o direito de ir e vir dos cidadãos.

Entretanto, no Brasil, a maioria dos procedimentos é amplamente ignorada na análise de substâncias entorpecentes. Da mesma forma, os institutos de criminalística carecem de normas e regulamentos que requerem o uso de protocolos de acreditação. Certamente isto gera graves implicações na confiabilidade dos ensaios, que podem ser facilmente contestados por opiniões mais detalhadas e mais fundamentadas.

6. CONCLUSÕES

Os direitos legais à proteção e à justiça encontram-se no mesmo nível dentre os valores fundamentais ético-legais na Declaração Universal dos Direitos que definem a dignidade da pessoa humana. A ligação entre a produção de evidência científica e a garantia dos direitos humanos é explícita no Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3). Isto explica as ações propostas pelo Ministério da Justiça no Brasil que incluem: "padronização dos procedimentos e equipamentos a serem utilizados pelos serviços de Perícia Criminal em todas as análises forenses".[58] Além disso, o PNDH-3 expressa a necessidade de se padronizar procedimentos e monitorar a produção e a qualidade dos laudos produzidos nestes Institutos de Criminalística.

Em ambos os casos, o Escritório Especial para os Direitos Humanos da Presidência acredita que seja essencial a garantia da autonomia administrativa e funcional dos órgãos forenses, bem como o estabelecimento de um plano de carreira exclusivo para estes profissionais.

No Brasil, existem grandes desafios no que se refere à efetividade dos protocolos de procedimentos e à acreditação dos métodos de análises de drogas. A cadeia de custódia também apresenta sérios problemas. Estas limitações colocam em risco a credibilidade e, até mesmo, a viabilidade dos exames, o que, por sua vez, limita as possibilidades para a ampla defesa do acusado.

---

57. ISO/IEC 17025. *General requirements for the competence of testing and calibration laboratories*. 2005.

58. BRASIL, Dec. 7.037, de 21.12.2009. Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3, 2009.

Assim, como descrito por Miranda e Luz,[59] a preservação dos direitos fundamentais pressupõe políticas públicas de segurança que estabeleçam a inclusão social e a correção às desigualdades jurídicas, como a garantia à ampla defesa. Para tanto o Estado deve assegurar o exercício da cidadania que orienta uma sociedade democrática. Assim, o Estado deve garantir o exercício dos direitos do cidadão, que são a mola propulsora de uma sociedade democrática. Neste contexto encontra-se a produção e legitimação da evidência científica, já que, como descrito no PNDH-3, "quando um direito é violado, quebra-se a unidade (conjunto de direitos humanos) e todos os outros direitos ficam comprometidos".

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Breves anotações sobre a atuação do Judiciário e do Ministério Público na repressão ao tráfico de drogas, de José Fernando Marreiros Sarabando – *RT* 881/411; e
- Drogas. Breves anotações. Narcóticos. Anestésicos. Alucinógenos. Hipnóticos. Sedativos. Excitativos, de Geraldo Gomes – *RBCCrim* 19/161.

---

59. MIRANDA, A. P. M. de; LUZ, E. S. da. Op. cit.

1 ETNOCÍDIO, REIFICAÇÃO E LUTA POR RECONHECIMENTO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO PENSAMENTO DE AXEL HONNETH

Ethnocide, reification and struggle for recognition: an approach based on Alex Honneth's thought

GUSTAVO JOSÉ CORREIA VIEIRA

Especialista em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos pela UFRGS. Mestrando em Ciências Criminais pela PUC-RS. Pesquisador na área de Direitos Humanos e Direito Penal Internacional. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Filosofia; Penal

RESUMO: Este ensaio procura abordar alguns aspectos importantes que cercam a relação entre o etnocídio enquanto forma de violência e o processo de reificação exposto no pensamento de Axel Honneth. O processo de reificação caracteriza-se pela desumanização da vítima, ou seja, uma prática em que esta perde seu atributo de ser humano; por sua vez, o etnocídio igualmente guarda em seu âmago o processo de desumanização, na medida em que nega o caráter de ser humano ao grupo que possui uma cultura específica. Este estudo expõe a teoria do reconhecimento de Honneth e sua relevância com o intuito de se referir à importância desta vertente teórica para se restabelecer esta relação de re-

ABSTRACT: This paper seeks to address some important issues about the relationship between ethnocide as a form of violence and the process of reification exposed in Axel Honneth's thought. The reification process is characterized by the dehumanization of the victim, a practice in which it loses its attribute of being human; in regards to ethnocide, it also keeps at its core the process of dehumanization, as it negates the human character to the group that has a specific culture. This study presents Honneth's theory of recognition and its relevance, in order to highlight the importance of this theoretical approach, to restore the recognition of the

conhecimento do outro como um ser humano, dotado de liberdade, autonomia e direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Etnocídio - Reificação - Reconhecimento.

other as a human being, endowed with liberty, autonomy and rights.

KEYWORDS: Ethnocide - Reification - Recognition.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Aspectos introdutórios à teoria do reconhecimento de Axel Honneth - 3. As experiências de desrespeito: violação, privação de direitos, degradação - 4. Sobre o processo de reificação - 5. Reificação e etnocídio - 6. Por um reconhecimento das vítimas - 7. Conclusões - 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este breve trabalho visa expor a relação entre reificação e etnocídio a partir dos estudos de Axel Honneth, especificamente com relação ao processo de reificação e as relações de reconhecimento. Para tanto, primeiramente, daremos ênfase à teoria do reconhecimento de Honneth e suas principais características. Posteriormente, serão tratadas as experiências de desrespeito, que correspondem às respectivas formas de reconhecimento que são expostas pelo autor.

Em um segundo momento, será abordado o processo de reificação, com base nos estudos de Honneth, bem como a sua relação com o etnocídio enquanto forma de violência. Por fim, tratar-se-á da relevância de uma teoria do reconhecimento que propicie a valorização e do reconhecimento do indivíduo enquanto do ser humano, seguindo-se por breves conclusões.

2. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS À TEORIA DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH

Axel Honneth é considerado o atual representante da tradição filosófica da Escola de Frankfurt,[1] aliando-se a pensadores como Max Horkheimer,

1. SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*. vol. 8. n. 1. p. 1, jan.-abr. 2008. Disponível em: [http://redalyc.uaemex.mx/pdf/742/74211531002.pdf]. Acesso em: 05.06.2011.

Theodor W. Adorno, Jürgen Habermas, dentre outros. Giovani Saavedra e Emil Sobottka referem que sua teoria foi desenvolvida em dois momentos distintos.[2] Em um primeiro momento, Honneth procura mostrar as insuficiências da versão da teoria crítica desenvolvida por Jürgen Habermas. Para os autores, Honneth sustenta a tese de que a teoria habermasiana da sociedade precisaria ser criticada do ponto de vista do horizonte de dimensão de intersubjetividade social, dentro da qual as instituições estariam inseridas. Em um segundo momento, os autores referem que Honneth procura desenvolver sua própria versão da teoria crítica, estabelecendo que a primeira versão da teoria habermasiana da sociedade poderia ser melhor desenvolvida com base no conceito hegeliano de *luta por reconhecimento*.[3] Nesse sentido, uma teoria crítica da sociedade deveria estar voltada em interpretá-la a partir da categoria "reconhecimento".

Cabe salientar que em sua obra, *Luta por reconhecimento*, Honneth apresenta, pela primeira vez, sua teoria de forma sistemática.[4] Na obra citada, o autor desenvolve o que se denomina de conceito *negativo do reconhecimento*. Por negativo significa dizer que Honneth não pretende definir o que significa reconhecimento, mas pretende, a partir das chamadas "experiências de desrespeito", comprovar de forma dialética a importância e a necessidade das relações de reconhecimento.[5] Honneth diferencia três esferas de reconhecimento e três formas de desrespeito, sendo que cada forma de reconhecimento corresponde à respectiva forma de desrespeito. Na forma de reconhecimento do amor, temos a violação como desrespeito; na forma de reconhecimento do direito, temos a privação de direitos como desrespeito e, por fim, à forma de reconhecimento da solidariedade, temos a degradação como forma de desrespeito.[6] Cabe destacar que estas formas de reconhecimento e seu respectivo desrespeito seriam, em um primeiro momento, consideradas como fonte de conflitos sociais, os quais por sua vez seriam ligados a processos

2. Idem, ibidem.
3. Idem, ibidem.
4. SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reificação *versus* reconhecimento – sobre a dimensão antropológica da teoria de Axel Honneth, p. 27. Disponível em: [www.editoraufjf.com.br/revista/index.php/TeoriaeCultura/article/viewFile/1107/911]. Acesso em: 07.06.2011.
5. Idem, ibidem.
6. Aprofundaremos a análise das experiências de desrespeito, explicando cada uma, no ponto 3 deste artigo.

históricos de aprendizagem, em que o objetivo principal seria a ampliação horizontal das relações de reconhecimento.[7]

Elaborando uma explicitação da estrutura da teoria do reconhecimento de Honneth, pode-se dizer que os primeiros passos de seu construto teórico remetem à categoria de *dependência absoluta*, de Winnicot. Esta categoria corresponde à primeira fase do desenvolvimento infantil, na qual a mãe e o bebê se encontram em estado de relação simbiótica,[8] ou seja, de dependência recíproca, uma vida em comum estreitamente ligada. Assim, a carência e a dependência total da criança, bem como o direcionamento completo da atenção da mãe para a satisfação das necessidades do bebê, fazem com que entre eles não exista nenhuma espécie de individualidade, e ambos se sintam como unidade.[9] Aos poucos, com o retorno gradativo às tarefas diárias, este estado de dependência absoluta vai se dissolvendo, por um processo de ampliação da independência de ambos, porquanto com a volta às atividades diárias, a mãe não está mais em condições de satisfazer as carências da criança imediatamente.[10]

Com média de seis anos de idade, a criança precisa se acostumar com a ausência da mãe. Esta situação estimula na criança o desenvolvimento de capacidades que a tornam capaz de se diferenciar do seu ambiente.[11] Ela sai do estado de "absoluta dependência" porque a própria dependência em relação à mãe entra em seu campo de visão, de modo que ela agora aprende a referir seus impulsos pessoais, propositadamente, a certos aspectos da assistência materna.[12] Nesse sentido, a criança sai do estágio de dependência absoluta e passa para o estágio de "dependência relativa", em que a criança reconhece a mãe não mais como parte de seu mundo, mas como objeto com direito próprio.[13]

A criança pequena é capaz de resolver esta tarefa de reconhecimento, na medida em que seu ambiente social lhe permite a aplicação de dois mecanismos psíquicos que servem em comum à elaboração afetiva da nova experiência;

---

7. SAAVEDRA, Giovani Agostini. Op. cit., p. 27.
8. SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Op. cit., p. 10.
9. Idem, ibidem.
10. Idem, ibidem.
11. Idem, ibidem.
12. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 167.
13. SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Op. cit., p. 10.

o primeiro mecanismo é tratado por Winnicot como "destruição" e o segundo é tratado como "fenômenos transicionais".[14] O primeiro mecanismo é interpretado por Honneth, a partir dos estudos de Jessica Benjamin. Esta autora constata que os fenômenos de expressão agressiva da criança, nesta fase, acontecem em uma forma de luta, que ajuda a criança a reconhecer a mãe como um ser independente com reivindicações próprias.[15] Por outro lado, a mãe precisa aprender a aceitar o processo de amadurecimento pelo qual o bebê está passando. Assim, a partir desta experiência de reconhecimento recíproco, os dois começam a vivenciar também uma experiência de amor recíproco sem regredir ao estado simbiótico. Contudo, a criança somente estará em condições de desenvolver o segundo mecanismo se ela tiver desenvolvido com o primeiro uma experiência elementar de confiança na dedicação da mãe.[16]

Assim, com base nos estudos de Winnicot, Honneth esboça os princípios fundamentais do primeiro nível de reconhecimento: o amor. Quando a criança experimenta a confiança no cuidado paciencioso e duradouro da mãe, ela passa a estar em condições de desenvolver uma relação positiva consigo mesma.[17] Honneth denomina esta nova capacidade da criança de *autoconfiança*; com esta capacidade, ela estará em condições de desenvolver a sua personalidade; inclusive esta capacidade de autoconfiança seria a base das relações sociais entre adultos.[18] O nível do reconhecimento do amor seria o núcleo fundamental de toda moralidade. Com efeito, este tipo de reconhecimento seria responsável não somente pelo desenvolvimento do autorrespeito, mas também pela base de autonomia necessária para a participação na vida pública.[19]

Na esfera de reconhecimento do *direito*, a argumentação desenvolvida por Honneth consiste em apresentar o surgimento do direito moderno em uma perspectiva histórica, o que possibilita encontrar uma nova forma de reconhecimento. Giovani Saavedra e Emil Sobottka referem que o autor pretende demonstrar que o tipo de reconhecimento das sociedades tradicionais seria aquele estabelecido na ideia de *status*. Ou seja, em sociedades desse tipo, um sujeito somente conseguiria obter reconhecimento jurídico quando ele é reconhecido como membro da comunidade e apenas em função de sua posição

14. HONNETH, Axel. Op. cit., p. 168.
15. SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Op. cit., p. 10.
16. Idem, ibidem.
17. Idem, p. 11.
18. Idem, ibidem.
19. Idem, ibidem.

ocupante nesta sociedade.[20] Na transição para a modernidade, no entanto, há uma espécie de mudança estrutural na base da sociedade, o que corresponderia também a uma mudança estrutural nas relações de reconhecimento: não seria mais permitido atribuir exceções e privilégios às pessoas em função de seu *status*; ao contrário, o sistema jurídico deve combater estes privilégios e exceções, devendo o direito ser geral e suficiente para levar em consideração todos os interesses de todos os participantes da comunidade. Com efeito, com base nesta constatação, a análise do direito desenvolvido por Honneth explicita uma nova forma de reconhecimento jurídico que surge com a modernidade.[21]

Para Honneth, os sujeitos de direito necessitam estar em condições de autonomia, a fim de decidir racionalmente sobre questões morais.[22] Nesse sentido, o autor desenvolve seu segundo nível de reconhecimento a partir da tradição dos direitos fundamentais liberais e do direito subjetivo. Com base nestes aspectos, a luta por reconhecimento é vista como uma pressão, sob a qual, permanentemente, novas condições para a participação na formação pública vêm à tona. O autor, influenciado pelos estudos de T. H. Marshall, vem mostrar que a história do direito moderno deve ser reconstruída como um processo direcionado à ampliação dos direitos fundamentais.[23]

Para ele, os atores sociais somente conseguem desenvolver a consciência de que eles são pessoas de direito no momento em que surge historicamente uma forma de proteção jurídica contra a invasão da esfera da liberdade, que proteja a chance de participação na formação pública da vontade e que garanta um mínimo de bens materiais para a sobrevivência.[24] Honneth sustenta que as três esferas dos direitos fundamentais, com suas respectivas diferenças históricas, são o fundamento da forma de reconhecimento do direito. Por consequência, reconhecer-se reciprocamente como pessoas jurídicas significaria, hoje, muito mais do que no início do desenvolvimento do direito: a forma de reconhecimento do direito contemplaria não só as capacidades abstratas de orientação moral, mas também as capacidades concretas necessárias para a existência digna; ou seja, a esfera do reconhecimento jurídico criaria as condições que permitem ao sujeito desenvolver autorrespeito.[25]

---

20. Idem, ibidem.
21. Idem, ibidem.
22. Idem, p. 12.
23. Idem, ibidem.
24. Idem, ibidem.
25. Idem, ibidem.

Na esfera de reconhecimento da *solidariedade ou comunidade de valores*, desenvolve-se o que Giovani Saavedra e Emil Sobottka consideram um tipo normativo ao qual correspondem as diversas formas práticas de *autorrelação valorativa*; diferentemente do caso da forma de reconhecimento do direito, em que são postas em relevo as propriedades gerais do ser humano, no caso da valoração social, são postas em destaque as propriedades que tornam o indivíduo diferente dos demais, ou seja, as propriedades de sua singularidade.[26] Para o direito, a pergunta será: como a propriedade constitutiva das pessoas de direito deve ser definida? No caso do juízo de valor a questão é: como se pode desenvolver um sistema de valor que está em condições de medir o valor das propriedades características de cada pessoa?[27]

Nesse sentido, Honneth procura mostrar que, com a transição da sociedade tradicional para a sociedade moderna, surge um tipo de individualização que não pode ser negado. A terceira esfera do reconhecimento deveria ser vista como um meio social a partir do qual as propriedades diferenciais dos seres humanos venham à tona de forma genérica, vinculativa e intersubjetiva.[28] Como no caso das relações jurídicas, Honneth analisa a transição da sociedade de tipo tradicional para a moderna como uma espécie de mudança estrutural desta terceira esfera do reconhecimento: assim que a tradição hierárquica de valoração social, progressivamente, vai sendo dissolvida, as formas individuais de desempenho começam a ser reconhecidas. O autor parte do princípio de que uma pessoa desenvolve a capacidade de sentir-se valorizada somente quando as suas capacidades individuais não são mais avaliadas de forma coletivista. Disso resulta que uma abertura do horizonte valorativo de uma sociedade às variadas formas de autorrealização pessoal somente se dá com a transição para a modernidade.[29]

Porém, em função dessa mudança estrutural existe no centro da vida moderna uma permanente tensão, um permanente processo de luta, porque nesta nova forma de organização social há, de um lado, uma busca individual por diversas formas de autorrealização e, de outro, a busca de um sistema de avaliação social.[30] Essa espécie de tensão social que oscila entre a ampliação de um pluralismo valorativo que permita o desenvolvimento da concepção

26. Idem, ibidem.
27. Idem, ibidem.
28. Idem, p. 13.
29. Idem, ibidem.
30. Idem, ibidem.

individual de vida boa e a definição de um pano de fundo moral que sirva de ponto de referência para a avaliação social da moralidade faz da sociedade moderna uma espécie de arena, na qual se desenvolve permanentemente uma luta por reconhecimento:[31] os diversos grupos sociais necessitam desenvolver sua capacidade de influenciar a vida pública, a fim de que sua concepção de vida boa encontre reconhecimento social e passe, então, a fazer parte do sistema de referência moral que constitui a autocompreensão cultural e moral da comunidade em que estão inseridos.[32]

Além disso, como referem Giovani Saavedra e Emil Sobottka, com o processo de individualização das formas de reconhecimento, surge nesta esfera de reconhecimento a possibilidade de um tipo específico de autorrelação: a autoestima. A solidariedade na sociedade moderna está vinculada à condição de relações sociais simétricas de estima entre indivíduos autônomos e à possibilidade de os indivíduos desenvolverem a sua autorrealização. Simetria aqui significaria que os atores sociais adquirem a possibilidade de vivenciarem o reconhecimento de suas capacidades numa sociedade não coletivista.[33]

3. AS EXPERIÊNCIAS DE DESRESPEITO: VIOLAÇÃO, PRIVAÇÃO DE DIREITOS, DEGRADAÇÃO

Como referido anteriormente, à medida que Honneth desenvolve as três esferas do reconhecimento (amor, direito ou igualdade jurídica e solidariedade, valorização social ou princípio do êxito), o autor distingue três formas de desrespeito, as quais seriam as fontes de conflito social:[34] (a) maus tratos, violação e constrangimento; (b) privação de direitos e exclusão; e (c) degradação.

Honneth adverte que estas formas de desrespeito – ou de reconhecimento recusado, como refere o autor – designam um comportamento que não representa uma injustiça só porque ele estorva os sujeitos em sua liberdade

31. Idem, ibidem.

32. Idem, p. 14.

33. Idem, ibidem.

34. SAAVEDRA, Giovani Agostini. Criminologia do reconhecimento: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. p. 98. Disponível em: [www.pucrs.br/edipucrs/Crimin.eSist.Jurid.PenaisContemp.II.pdf]. Acesso em: 07.06.2011.

de ação ou lhes inflige danos; pelo contrário, visa-se àquele aspecto de um comportamento lesivo pelo qual as pessoas são feridas numa compreensão positiva de si mesmas, que elas adquiriram de maneira intersubjetiva.[35] Também acrescenta a existência de um nexo indissolúvel entre a incolumidade e a integridade dos seres humanos e o assentimento por parte do outro. Seria, a partir do entrelaçamento interno de individualização e reconhecimento, esclarecido por Hegel e Mead, que resultaria a vulnerabilidade particular dos seres humanos, identificada com o conceito de "desrespeito": visto que a autoimagem normativa de cada ser humano depende da possibilidade de um resseguro constante no outro, vai de par com a experiência de desrespeito o perigo de uma lesão, capaz de desmoronar a identidade da pessoa inteira.[36]

Especificamente com relação à primeira forma de desrespeito – *maus-tratos, violação ou constrangimento* – Honneth assevera que se trata de um tipo de desrespeito que toca a camada da integridade corporal de uma pessoa: seriam aquelas formas de maus-tratos práticos, em que são tiradas violentamente de um ser humano todas as possibilidades de livre disposição sobre seu corpo, representando a espécie mais elementar de rebaixamento pessoal.[37] A razão disso seria que toda tentativa de se apoderar do corpo de uma pessoa, empreendida contra a sua vontade e com qualquer intenção que seja, provocaria um grau de humilhação que interferiria destrutivamente na autorrelação prática de um ser humano, com mais profundidade do que outras formas de desrespeito; pois a particularidade dos modos de lesão física, como ocorre na tortura ou na violação, não é constituída pela dor puramente corporal, mas por sua ligação com o sentimento de estar sujeito à vontade de um outro, sem proteção, chegando à perda do senso de realidade.[38]

Os maus-tratos físicos de um sujeito representariam um tipo de desrespeito que fere duradouramente a confiança, aprendida através do amor, na capacidade de coordenação autônoma do próprio corpo; daí a consequência ser também, com efeito, uma perda de confiança em si e no mundo, que se estenderia até as camadas corporais do relacionamento prático com outros sujeitos.[39] Para tanto, o que seria aqui subtraído da pessoa pelo desrespeito, em termos de reconhecimento, seria o respeito natural por aquela disposição autônoma

35. HONNETH, Axel. Op. cit., p. 213.
36. Idem, p. 213-214.
37. Idem, p. 215.
38. Idem, ibidem.
39. Idem, ibidem.

sobre o próprio corpo que, por seu turno, foi adquirida, primeiramente, na socialização mediante a experiência da dedicação emotiva; a integração bem-sucedida das qualidades corporais e psíquicas do comportamento é depois como que arrebentada de fora, destruindo assim, com efeitos duradouros, a forma mais elementar de autorrelação prática: a confiança em si mesmo.[40] Esta primeira forma de desrespeito está, portanto, inscrita nas experiências de maus-tratos corporais que destroem a autoconfiança elementar de uma pessoa.[41]

Na segunda forma de desrespeito – ou experiências de rebaixamento que afetam seu autorrespeito moral, está a *privação de direitos*. Trata-se de uma experiência de desrespeito infligida a um sujeito pelo fato de ele permanecer estruturalmente excluído da posse de determinados direitos no interior de uma sociedade.[42] Por "direitos", o autor entende como aquelas pretensões individuais com cuja satisfação social uma pessoa pode contar de maneira legítima, já que ela, como membro de igual valor em uma coletividade, participa em pé de igualdade de sua ordem institucional; se agora lhe são denegados certos direitos dessa espécie, então estaria implicitamente associada a isso a afirmação de que não lhe é concedida imputabilidade moral na mesma medida que aos outros membros da sociedade.[43]

Por isso, de acordo com Honneth, a particularidade nas formas de desrespeito, como as existentes na privação de direitos ou na exclusão social, não representaria somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação com o sentimento de não possuir o *status* de um parceiro da interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade; para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significaria ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral; nesse sentido, iria de par com a experiência da privação de direitos uma perda de autorrespeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos; para tanto, o que se subtrai aqui da pessoa pelo desrespeito em termos de reconhecimento seria o respeito cognitivo de uma imputabilidade moral que, por seu turno, teria de ser adquirida a custo em processos de interação socializadora.[44]

---

40. Idem, ibidem.
41. Idem, p. 216.
42. Idem, ibidem.
43. Idem, ibidem.
44. Idem, p. 217.

Contudo, Honneth adverte que essa forma de desrespeito representaria uma grandeza historicamente variável, visto que o conteúdo semântico do que é considerado como uma pessoa moralmente imputável tem se alterado com o desenvolvimento das relações jurídicas; por isso, a experiência da privação de direitos se mediria não somente pelo grau de universalização, mas também pelo alcance material dos direitos institucionalmente garantidos. Esse segundo tipo de desrespeito, portanto, lesaria uma pessoa nas possibilidades de seu autorrespeito.[45]

Por fim, como terceira forma de desrespeito, tem-se a *degradação*. Honneth destaca que este tipo de rebaixamento se refere negativamente ao valor social de indivíduos ou grupos; em verdade seria somente com essas formas, de certo modo valorativas, de desrespeito, de depreciação de modos de vida individuais ou coletivos, que se alcançaria a forma de comportamento que se designaria hoje em termos como "ofensa" e "degradação".[46] A *honra*, a *dignidade* ou "*status*" de uma pessoa referir-se-ia à medida de estima social que é concedida à sua maneira de autorrealização no horizonte da tradição cultural; se agora essa hierarquia de valores se constitui de modo que ela degrada algumas formas de vida ou modos de crença, considerando-as de menor valor ou deficientes, ela tiraria dos sujeitos atingidos toda a possibilidade de atribuir um valor social às suas próprias capacidades.[47]

Ademais, a degradação valorativa de determinados padrões de autorrealização teria para seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como a algo a que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, para o indivíduo, iria de par com a experiência de uma tal desvalorização social, uma perda da autoestima social, ou seja, uma perda de possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características. Para tanto, o que aqui seria subtraído da pessoa pelo desrespeito em termos de reconhecimento seria o assentimento social a uma forma de autorrealização que ela encontrou arduamente com o encorajamento baseado em solidariedades de grupos.[48]

No entanto, para Honneth, um sujeito somente poderia se referir a essas espécies de degradação cultural a si mesmo, como pessoal individual, na medida em que os padrões institucionalmente ancorados de estima social

45. Idem, ibidem.
46. Idem, ibidem.
47. Idem, ibidem.
48. Idem, p. 218.

se individualizariam historicamente, isto é, na medida em que se referem de forma valorativa às capacidades individuais, em vez de propriedades coletivas; daí essa experiência de desrespeito estar inserida também, como a da privação de direitos, num processo de modificações históricas.[49]

Honneth descreve que seria típico destes três grupos de experiências de desrespeito o fato de suas consequências individuais serem sempre descritas com metáforas que se referem a estados abatimento do corpo humano. Nos casos de tortura e violação, corresponderia "morte psíquica"; nos casos de privação de direitos e de exclusão social, corresponderia "morte social"; e no caso da degradação cultural de uma forma de vida, corresponderia à categoria de "vexação".[50]

Com base nestas alusões metafóricas à dor física e à morte, Honneth expressa que corresponderia às diversas formas de desrespeito pela integridade psíquica do ser humano o mesmo papel negativo que as enfermidades orgânicas assumem no corpo humano: com a experiência do rebaixamento e da humilhação social, os seres humanos seriam ameaçados em sua identidade da mesma maneira que o são em sua vida física com o sofrimento de doenças.[51] Também a experiência de desrespeito estaria sempre acompanhada de sentimentos afetivos que em princípio podem revelar ao indivíduo que determinadas formas de reconhecimento lhe são socialmente denegadas.[52]

Por fim, Honneth sustenta que pelo fato de os sujeitos humanos não poderem reagir de modo emocionalmente neutro às ofensas sociais, representadas pelos maus-tratos físicos, pela privação de direitos e pela degradação, os padrões normativos do reconhecimento recíproco teriam uma certa possibilidade de realização no interior do mundo da vida social em geral, pois toda reação emocional negativa que vai de par com a experiência de um desrespeito de pretensões de reconhecimento conteria novamente em si a possibilidade de que a injustiça infligida ao sujeito se lhe revelaria em termos cognitivos e se tornaria o motivo da resistência política.[53]

A seguir, trataremos do processo de reificação com base no pensamento de Honneth, cujo conteúdo, como se verá, está vinculado às formas de desrespeito

49. Idem, ibidem.
50. Idem, ibidem.
51. Idem, p. 219.
52. Idem, p. 220.
53. Idem, p. 224.

expostas por este autor, especialmente a primeira (maus-tratos, violação e constrangimento). Posteriormente, trataremos a respeito da vinculação entre reificação e etnocídio como um sistema de violência relacionado às formas de desrespeito.

4. SOBRE O PROCESSO DE REIFICAÇÃO

O conceito de reificação expressa, em sua acepção originária, tanto os processos negativos do trabalho diagnosticados a partir da Revolução Industrial, como as experiências históricas que marcaram a República de Weimar, sobretudo as concernentes ao desemprego crescente e de crises econômicas.[54] Com base nestas experiências, procurou-se mostrar que as relações sociais estariam cada vez mais submetidas a uma finalidade calculadora, que a relação dos sujeitos com seu mundo circundante não comportaria mais uma dimensão de trabalho artesanal, mas seria claramente substituída por uma atitude de disposição meramente instrumental e indiferente cuja conduta calculadora característica atingiria as próprias experiências mais íntimas dos sujeitos e suas condições de autorrealização.[55] Georg Lukács foi o pensador que conseguiu, em sua obra *História e consciência de classe de 1923*, caracterizar esse conceito por meio de uma junção de temas retirados de autores como Karl Marx e Max Weber. A obra de Lukács, *Reificação e a consciência do proletariado*, influenciou a recepção marxista da teoria weberiana da racionalização como expressão da reificação social, incluindo expoentes da tradição de pensamento da teoria crítica, dentre os quais Max Horkheimer, Theodor Adorno e Jürgen Habermas.[56]

Na obra de Axel Honneth, intitulada *Reificação: um estudo de teoria do reconhecimento*, o autor procura fazer uma reatualização do conceito de reificação. Esta reatualização consiste na possibilidade de abarcar uma série de experiências que não estariam limitadas àquelas patologias da sociedade industrial anteriormente diagnosticadas.[57]

---

54. MELO, Rúrion. Reificação e reconhecimento: um estudo a partir da teoria crítica da sociedade de Axel Honneth. *Ética – Revista Internacional de Filosofia*. vol. 9. n. 2. p. 231-245. Florianópolis: UFSC, dez. 2010. Disponível em: [www.cfh.ufsc.br/ethic@/Art%206%20Rurion.pdf]. Acesso em: 06.06.2011.

55. Idem, p. 232.

56. Idem, ibidem.

57. Idem, ibidem.

Por sua vez, em artigo publicado com o título *Observações sobre a reificação*, Honneth adverte que a reificação não se trataria de uma instrumentalização das pessoas, já que esta instrumentalização significaria tomar outras pessoas como meio para fins puramente individuais; geralmente neste caso, as habilidades especificamente humanas destas pessoas são utilizadas para, com sua ajuda, realizar os propósitos de outrem.[58]

Diferentemente da "instrumentalização", a reificação pressuporia que nós nem percebamos mais nas outras pessoas as suas características que as tornam propriamente exemplares do gênero humano: tratar alguém como uma "coisa" significaria justamente tomá-la como "algo" despido de quaisquer características ou habilidades humanas. Honneth adverte que os casos puros de reificação ocorreriam apenas quando algo que em si não tem características de objeto é percebido ou tratado como um objeto.[59] Para tanto, o autor esclarece que se quisermos nos ater ao significado literal, deveremos entender por "reificação" um atentado contra pressupostos necessários de nosso mundo socialmente vivido; nesse ponto surgiria a intimação conceitual para fixar as condições sob as quais um relacionamento entre sujeitos humanos pode valer como adequado sócio-ontologicamente.[60]

Honneth formula a tese de que na relação do ser humano com seu mundo, o reconhecer sempre antecede o conhecer, de tal modo que a reificação seria uma violação contra esta ordem de precedência.[61] Essa primazia do modo do reconhecer caracteriza o que Honneth chama de *modo existencial do reconhecimento*. O autor entende que este modo existencial deve ser compreendido como uma forma mais fundamental do reconhecimento recíproco dos seres humanos como seres dignos de respeito e igual tratamento jurídico (dimensão antropológica do reconhecimento). O fenômeno da reificação pode ser compreendido como uma forma de *esquecimento do reconhecimento*.[62]

Honneth enfatiza que aquilo que se realiza, que perfaz o seu caráter especial, seria o fato de assumirmos perante o outro uma postura que alcança até a

58. HONNETH, Axel. Observações sobre a reificação. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*. vol. 8. n. 1. p. 70, jan.-abr. 2008. Disponível em: [http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/4322]. Acesso em: 05.06.2011.

59. Idem, ibidem.

60. Idem, p. 71.

61. Idem, ibidem.

62. SAAVEDRA, Giovani Agostini. Criminologia do reconhecimento: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico cit., p. 95.

afetividade, postura na qual podemos reconhecer nele o outro de nós mesmos, o próximo.[63] Nós só poderíamos assumir a perspectiva do outro depois que previamente reconhecermos no outro uma intencionalidade que nos é familiar, ou seja, sem a experiência de que o outro indivíduo seja um próximo/semelhante, nós não estaríamos em condições de dotá-lo com valores morais que controlam ou restringem o nosso agir; assim, primeiramente, precisaria ser consumado esse reconhecimento elementar, ou seja, precisaríamos tomar parte do outro existencialmente, antes de podermos aprender a orientar-nos por normas de reconhecimento que nos intimam a determinadas formas de consideração ou de benevolência.[64]

No caso da reificação, de acordo com Honneth, é anulado aquele reconhecimento elementar que geralmente faz com que nós experimentemos cada pessoa existencialmente como o outro de nós mesmos; no caso, nós concedemos a ele uma autorrelação que partilharia com a nossa própria característica de estar voltada emocionalmente para a realização dos objetivos pessoais. Se este reconhecimento prévio não se realizar, se não tomamos mais parte existencialmente no outro, então nós o tratamos repentinamente apenas como um objeto inanimado, uma simples coisa.[65]

Outro aspecto importante na exposição de Honneth sobre a reificação reside no fato de que o maior desafio para a tentativa de reabilitar a categoria de reificação consistiria na dificuldade de explicar a condição de possibilidade desta supressão do reconhecimento elementar. Nesse sentido, Honneth reporta-se à Lukács, para afirmar que o processo de reificação concebe uma determinada forma de práxis contínua, exercida rotineiramente, como causa social da reificação,[66] do esquecimento do reconhecimento. Na conclusão, o autor expõe uma tentativa de uma etiologia social da reificação: nesse caso, sujeitos podem "esquecer" ou aprender a negar, posteriormente, aquela forma elementar de reconhecimento que em geral eles manifestam a toda pessoa se eles participam continuamente numa forma de práxis altamente unilateral, que torna necessária a abstração das características "qualitativas" de pessoas humanas.[67]

63. HONNETH, Axel. Observações sobre a reificação cit., p. 72.
64. Idem, p. 73.
65. Idem, p. 75.
66. Idem, ibidem.
67. Idem, ibidem.

No caso, Honneth busca exemplificar com os atos de guerra, em que se autonomizam a tal ponto (perseguição de um único objetivo) que pode se levar à eliminação de todas as referências ao mundo que lhe haviam antecedido, bem como a finalidade da destruição do adversário se autonomiza a tal ponto que, mesmo na percepção de pessoas não participantes (crianças, mulheres), gradativamente, se perde toda atenção para suas características humanas; no final, todos os membros dos grupos que, presuntivamente, são atribuídos ao inimigo, são considerados apenas como objetos inanimados, coisificados, face aos quais a morte ou a violação seriam justificadas sem dificuldade.[68] Neste caso, para o autor, pareceria ter sido apagado qualquer traço de ressonância existencial, a tal ponto que não se poderia falar simplesmente de indiferença ou ódio emocional, mas sim de reificação.

Contudo, Honneth adverte que nem toda forma de práxis na qual a observação de pessoas tornou-se o único objetivo (autonomização) leva necessariamente a sua reificação, pois a observação pode estar a serviço da percepção das características especificamente humanas. Como exemplo, o autor cita o caso de um psicólogo de desenvolvimento que observa o comportamento de um bebê e coleta dados empíricos para ampliar nosso conhecimento sobre a maturação de determinadas habilidades que se tornam acessíveis, tão somente na postura primária do reconhecimento; por outro lado, o soldado que observa um campo inimigo, e que estaria interessado em informações sobre onde possam surgir perigos ou empecilhos para seu objetivo da destruição militar do adversário, nesse caso, a autonomização do objetivo da observação poderia levar a um esquecimento daquele reconhecimento elementar que originalmente havia sido concedido a toda pessoa.[69]

Neste último caso, o objetivo de simplesmente obter dados para o afastamento do perigo poderia levar a que qualidades pessoais inicialmente percebidas no adversário que possam posteriormente ser novamente "esquecidas". O autor sugere que a autonomização de todas aquelas práticas poderia levar a uma reificação intersubjetiva, cuja execução bem-sucedida exige uma desconsideração de todas as características humanas do próximo.[70] No entanto, não seria a consecução de uma práxis em si, mas sim a sua rotinização e habitualização que poderiam levar a "esquecer" no final todo o reconhecimento original e a tratar o outro realmente apenas como um simples

68. Idem, p. 76.

69. Idem, p. 77.

70. Idem, ibidem.

objeto. Para tanto, seria necessária uma rotina naturalizada, pois apenas este tipo de habitualização possuiria a força para neutralizar, posteriormente, a postura antes assumida de reconhecimento.[71] Conjuntamente com este aspecto, Honneth enfatiza novamente que no caso da reificação, o outro não é apenas imaginado como um simples objeto, mas se perde efetivamente a percepção de que ele seja um ser com características humanas.[72]

5. REIFICAÇÃO E ETNOCÍDIO

Pode-se afirmar que o etnocídio se caracteriza com uma lesão grave que atenta contra os direitos dos seres humanos. Esta espécie de prática, conjuntamente com o genocídio, é por demais antiga, pois se nos voltarmos ao passado – e em especial às conquistas das Américas – constatar-se-á a sua prática como instrumento de formação do que hoje se entende por civilização. Para tanto, tendo em vista o contexto do estudo proposto, a sua abordagem é fundamental.

Alguns autores defendem que o termo *etnocídio* (ou genocídio cultural) deriva de *etno*, que provém do grego *ethnos* (povo, nação), e *cídio*, que significa matar. Com efeito, o etnocídio seria um atentado contra um povo ou uma nação.[73] Contudo, esta singela definição poderia causar dúvidas, pois o genocídio igualmente é um ato contra a existência de um povo. Para tanto, deve-se entender a origem e a definição desta prática lesiva, que se distingue do genocídio.

O termo adveio dos estudos antropológicos e etnológicos, com enfoque principal na questão indigenista. O criador desta definição foi o etnólogo francês Robert Jaulin, o qual expôs em sua obra *La paix blanche: introduction à l'ethnocide* a destruição dos índios Bari, na fronteira entre a Venezuela e a Colômbia.[74] Esta destruição formava-se a partir de múltiplos vetores: pelas ações da Igreja, dos exércitos venezuelanos e colombianos, além das companhias americanas de petróleo que passaram a se instalar no local onde vivia a tribo.[75]

---

71. Idem, ibidem.
72. Idem, p. 78.
73. CUSTÓDIO, Helita Barreira. Poluição ambiental e genocídio de grupos indígenas. *Revista de Direito Civil, imobiliário, agrário e empresarial*. n. 59. ano 16. p. 88, jan.-mar. 1992.
74. Vide JAULIN, Robert. *La paz blanca – Introducción al etnocídio*. Buenos Aires: Tiempo Contemporaneo, 1973.
75. MONTENEGRO, Miguel. Robert Jaulin and ethnocide, p. 2. Disponível em: [www.miguel-montenegro.com/EthnocideWik.htm]. Acesso em: 14.02.2010.

Para o criador deste termo "etnocidio indica el acto de destrucción de una civilización, el acto de des-civilización".[76]

Na década de 60, muitos antropólogos passaram a denunciar as políticas indigenistas dos Estados e as atividades próprias da antropologia, as quais estariam sendo complacentes com um discurso indigenista genocida e etnocida.[77]

Este movimento crítico, composto por antropólogos mexicanos e latino-americanos, líderes indígenas e missionários, formou o chamado *Grupo Barbados*. Esta denominação do grupo adveio das primeiras reuniões que ocorreram na Ilha de Barbados nos anos de 1971 e 1977, sendo que a terceira reunião ocorreu no Rio de Janeiro, em 1993. Estas reuniões geraram recomendações aos Estados e demais setores da sociedade dos países da América Latina sobre o estado de marginalização e perigo de extinção de grupos indígenas no Continente.[78]

Enquanto a Declaração de Barbados I buscou discutir os problemas provenientes das fricções interétnicas na América,[79] na Declaração de Barbados II, por exemplo, que foi formulada na reunião de 1977, foram descritas as formas de dominação dos povos indígenas na América, tais como: (a) a *dominação física*, que se expressa pelo despojo de terras e dos recursos naturais, bem como pela exploração da força de trabalho, e (b) pela *dominação cultural*, mediante a imposição da cultura ocidental do colonizador, sendo a cultura indígena algo em atraso, subdesenvolvida, e que deve ser superada; tal espécie de dominação não permite a expressão da cultura indígena, seja pelo sistema educativo formal (que traduz a superioridade do branco), seja pelos meios de comunicação de massa.[80]

O documento que tratou expressamente sobre o termo foi a *Declaração de San José*, celebrado na Costa Rica, sob os auspícios da Unesco em

---

76. JAULIN apud CIFUENTES, José Emilio Rolando Ordoñez. *La cuestión étnico nacional e derechos humanos: el etnocidio – Los problemas de la definición conceptual*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam, 1996. p. 28.

77. VÁSQUEZ, Ladislao Landa. Pensamientos indígenas em nuestra América, p. 38. Disponível em: [www.bibliotecavirtual.clacso.org.ar]. Acesso em: 14.10.2010.

78. Idem, p. 39.

79. CIFUENTES, José Emilio Rolando Ordoñez. El aporte doctrinario de la antropologia crítica latinoamericana y sus premissas sócio/jurídicas, p. 1. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx/sisjur/internac/pdf/10-487s.pdf]. Acesso em: 14.02.2010.

80. DECLARACÍON DE BARBADOS II. Disponível em: [www.nativeweb.org/papers/statements/state/barbados2.php]. Acesso em: 14.02.2010.

dezembro de 1981. O documento expõe que o etnocídio tratar-se-ia de um processo complexo, que possui raízes históricas, sociais, políticas e econômicas. Também ressalta que há alguns anos vinha sendo denunciada em foros internacionais a problemática da perda da identidade cultural das populações indígenas da América Latina.[81] No tocante à definição consagrada no documento:

"El etnocidio significa que a uno grupo étnico, colectiva o individualmente, se le niega su derecho de disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura y su propia lengua. Esto implica una forma extrema de violación masiva de los derechos humanos, particularmente del derecho de los grupos étnicos al respecto de su identidad cultural, tal como lo establecen numerosas declaraciones, pactos y convenios de las Naciones Unidas y sus organismos especializados, así como diversos organismos regionales intergubernamentales y numerosas organizaciones no gubernamentales."[82]

Ainda no texto da Declaração, há referência expressa de que o etnocídio – ou genocídio cultural – é um delito de direito internacional igual ao genocídio.[83] Para esta conclusão se tomou como base o direito às diferenças e o princípio da autonomia dos grupos étnicos.[84]

Contudo, é pertinente ressaltar que esta prática lesiva aos direitos humanos ainda não é recepcionada como crime de acordo com o Direito Penal, posto que não há referência expressa em lei penal internacional ou nacional. Logo, no Brasil, ainda não há a previsão de crime de etnocídio. Trata-se de uma violação grave de bens jurídicos fundamentais que, todavia, não está tipificada como crime.

O etnocídio traduz uma repressão ou um extermínio dos traços culturais de um povo – principalmente indígenas ou afrodescendentes. Cabe ressaltar que ele pode ser perpetrado *ainda que os membros do grupo sobrevivam como indivíduos, porquanto este crime implicará na desaparição da especificidade cultural de um povo.* Seja pela colonização violenta na forma expressa – como ocorreu na conquista da América – ou ainda pelo neocolonialismo pacífico e mercantil, o denominador comum entre estes atos é *impor a sua visão de*

81. DECLARACIÓN DE SAN JOSÉ, p. 39. Disponível em: [www.politicaspublicas.cl/iwgia/1982_1.pdf]. Acesso em: 14.02.2010.

82. Idem, ibidem.

83. Idem, ibidem.

84. CIFUENTES, José Emilio Rolando Ordoñez. *La cuestión étnico nacional e derechos humanos: el etnocidio – Los problemas de la definición conceptual* cit., p. 25.

mundo.[85] Domina-se fisicamente, psíquica e culturalmente as populações de potenciais áreas de expansão projetada pelo homem moderno, julgando-se uma sociedade "selvagem", "sub-humana", uma espécie de *infracultura*. Estas estão destinadas a serem "elevadas" mediante a dominação, a assimilação (incorporação forçada).[86] Os outros são "maus", mas podem ser melhorados, obrigando-os a transformarem-se no corpo produtivo do projeto civilizador.[87] O outro é despojado de sua identidade cultural.

No ano de 1974, o antropólogo e etnólogo francês Pierre Clastres publicou o texto chamado *Do etnocídio*.[88] Neste texto, sustenta que as populações indígenas na América do Sul são simultaneamente vítimas do genocídio e do etnocídio. E a partir deste pressuposto expõe distinções importantes entre estes atos.

Clastres sustenta que se o genocídio pressupõe a ideia de "raça" e a vontade de extermínio de uma minoria racial, o etnocídio apontaria não para a destruição física, mas para o extermínio de sua cultura. Nesse sentido, o etnocídio é a destruição de modos de vida e pensamento de povos distintos daqueles que praticam esta destruição. "Em suma, o genocídio assassina os povos em seu corpo, o etnocídio os mata em seu espírito".[89] É uma morte diferente, uma espécie de *morte em vida, morrer em vida*.

O aspecto comum entre genocídio e etnocídio seria uma visão idêntica do Outro, como uma má-diferença. Mas enquanto o genocida puramente nega aquele que é distinto, exterminando-o porque é absolutamente mau, o etnocida admitiria a relatividade deste mal na diferença; os outros são maus,

---

85. MOLINA, Lucrecia. Glossario – Elementos conceptuales y vocabulário incluídos em los documentos, p. 230-231. Disponível em: [www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_vocabulario/capiracismo05.pdf]. Acesso em: 10.02.2010.

86. Idem, p. 231.

87. Além desta justificativa do etnocídio como uma ação para o "bem" de um determinado povo, é de se considerar que esta prática poderia ser perpetrada para fins de dominação, mediante a intenção de destruição dos traços culturais, o que ocorreu durante o processo colonial e neocolonial no Brasil. Outro exemplo que caracteriza esta espécie de etnocídio institucionalizado é a Argentina, em que se oferecia um suposto direito à existência aos povos indígenas (ser cidadão argentino), desde que assumissem o suicídio cultural. Nesse sentido, vide BARTOLOMÉ, Miguel Alberto. Los pobladores del "desierto" – Genocidio, etnocidio y etnogénesis en la Argentina, p. 5. Disponível em: [http://alhim.revues.org/document103.html]. Acesso em: 10.02.2010.

88. CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.

89. Idem, p. 83.

mas poderão ser melhorados, aperfeiçoados, desde que sejam obrigados a se transformar até se tornarem corpos idênticos ao modelo imposto. "A negação etnocida do outro conduz a uma identificação a si".[90]

Além de expor estas considerações, Clastres refere que o horizonte em que se destacam o espírito e a prática do etnocídio pode ser entendido a partir de dois elementos: o primeiro seria a *hierarquia das culturas*, ou seja, as superiores e as inferiores; o segundo seria a afirmação da *superioridade absoluta da cultura ocidental*. Esta mantém com as outras culturas uma relação de negação.[91] Contudo, no etnocídio, seria uma espécie de negação positiva, visando suprimir o inferior e lançá-lo à condição de "superior", com base no etnocentrismo (condição de avaliar as diferenças pela sua própria cultura). Levando em conta estes critérios, portanto, distingue-se e se estabelece o elo comum entre estas práticas violentas.

Nesse sentido, esclarecido o ponto relativo à concepção de etnocídio e sua confrontação com o genocídio, pode-se dizer que o etnocídio exprime o extermínio dos traços culturais que identificam um grupo humano, mediante a integração violenta ao projeto ideológico do agressor. Medidas como a supressão da língua, da religião e da cultura de um povo, mediante ações violentas, são os aspectos básicos da prática do etnocídio. Ele visa à integração total das vítimas ao projeto totalizante do agente, suprimindo toda a espécie de diferença comunitária.

Elaborando uma relação com o processo de reificação, pode-se dizer que o etnocídio, igualmente ao genocídio, parte de um processo de desumanização da vítima. Primeiramente, a vítima é tratada, pela sua cultura, como um ser não humano, pois no caso, a desumanização decorre da cultura considerada inferior e objeto de supressão total. A vítima, também, para recuperar sua "humanidade", é levada a escolher entre a integração ao um projeto colonialista de abandono de sua cultura, ou ao perecimento, como a morte ou a destruição física. Medidas como esta foram características, por exemplo, da conquista da América, em que os indígenas eram levados a se converter à religião do colonizador ou sofrerem violência física.

Para tanto, no caso do etnocídio, o processo de reificação é presente, como no genocídio. Porém, contrariamente ao genocídio, onde os seres humanos são privados de sua existência no mundo, no etnocídio as vítimas podem ser poupadas da morte e destruição caso optem pela conversão às ideias

90. Idem, ibidem.

91. Idem, p. 84.

propagadas pelo agressor, tornando-se submissas a seu projeto totalizante. Contudo, em ambos os casos, subsiste o processo de reificação: no genocídio, a desumanização decorre da simples existência da vítima; no etnocídio, a desumanização decorre do fato da coletividade ter uma cultura específica, considerada inferior, sendo necessário o extermínio desta cultura para a expansão de uma forma única.

6. POR UM RECONHECIMENTO DAS VÍTIMAS

Diante de toda a exposição sobre a relação entre o etnocídio e a reificação, faz-se necessário abordar sobre a importância do reconhecimento como prática ética de preservação da diversidade humana. Como abordado anteriormente, o processo de reconhecimento se traduz em uma relação de confiança, no reconhecimento do outro como ser humano, como semelhante.

A capacidade de sofrer com o sofrimento alheio é uma capacidade humana normal. Infligir dor em corpo alheio, portanto, não pertenceria ao comportamento normal dos seres humanos. Isso acontece porque nos reconhecemos mutuamente como iguais; portanto, aprender a ver-se no outro se constitui como parte do ser humano.[92] No processo de reificação e de etnocídio, o agressor não se vê mais no outro, a não vê mais o seu semelhante como humano, mas como algo que não merece existir (no caso do genocídio) ou que pode existir, desde que se submeta e se integre ao seu projeto totalizador (etnocídio).

No caso, o reconhecimento combate o fundamento do etnocídio, visto que restabelece esta relação intersubjetiva, em que o ser humano reconhece-se no outro, igualmente, como um ser dotado de liberdade e necessidades para sua vida. Reconhecimento do outro como um ser humano: este é o objetivo e princípio de reprodução da vida e de preservação da diversidade que é inerente à condição humana. Nela, manifestamos nossa unidade, enquanto seres humanos.

7. CONCLUSÕES

A partir dos estudos de Axel Honneth, com sua teoria do reconhecimento, buscou-se tratar, de forma breve, o fenômeno da reificação e sua vinculação com a temática do etnocídio, processo de violência que visa à destruição de uma cultura.

92. SAAVEDRA, Giovani Agostini. Criminologia do reconhecimento: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico cit., p. 97.

Inicialmente, abordamos como se estrutura a teoria do reconhecimento de Honneth, a partir dos seus três pilares: amor, direito e solidariedade. Com isso, buscamos expor as formas de desrespeito, as quais correspondem a cada uma das formas de reconhecimento: a violação como desrespeito ao amor, a privação de direitos como desrespeito ao direito e a degradação como violação à solidariedade. Com base nestas considerações, tratamos de apresentar o fenômeno da reificação, dentro da ótica empreendida por Honneth, como processo habitual de desumanização e de rompimento da relação originária de reconhecimento. Com base nesta exposição sobre a reificação, buscamos relacionar este fenômeno com a prática do etnocídio, forma de violência com contornos específicos, contudo com efeitos semelhantes ao genocídio.

Por fim, tratamos de apresentar uma perspectiva da teoria do reconhecimento de Honneth que se mostra como elemento importante dentro de sua estrutura argumentativa, que é a busca pelo reconhecimento do outro enquanto semelhante, enquanto ser humano dotado de direitos.

8. REFERÊNCIAS

BARTOLOMÉ, Miguel Alberto. Los pobladores del "desierto" – Genocidio, etnocidio y etnogénesis en la Argentina. Disponível em: [http://alhim.revues.org/document103.html]. Acesso em: 10.02.2010.

CIFUENTES, José Emilio Rolando Ordoñez. El aporte doctrinario de la antropologia crítica latinoamericana y sus premissas sócio/jurídicas. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx/sisjur/internac/pdf/10-487s.pdf]. Acesso em: 14.02.2010.

_____. *La cuestión étnico nacional e derechos humanos: el etnocidio – Los problemas de la definición conceptual*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam, 1996.

CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Poluição ambiental e genocídio de grupos indígenas. *Revista de Direito Civil, imobiliário, agrário e empresarial*. n. 59. p. 88. ano 16, jan.-mar. 1992.

DECLARACÍON DE BARBADOS II. Disponível em: [www.nativeweb.org/papers/statements/state/barbados2.php]. Acesso em: 14.02.2010.

DECLARACIÓN DE SAN JOSÉ. Disponível em: [www.politicaspublicas.cl/iwgia/1982_1.pdf]. Acesso em: 14.02.2010.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

_____. Observações sobre a reificação. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*. vol. 8. n. 1. p. 70, jan.-abr. 2008. Disponível em: [http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/4322]. Acesso em: 05.06.2011.

JAULIN, Robert. *La paz blanca – Introdución al etnocídio*. Buenos Aires: Tiempo Contemporaneo, 1973.

MELO, Rúrion. Reificação e reconhecimento: um estudo a partir da teoria crítica da sociedade de Axel Honneth. *Ética – Revista Internacional de Filosofia*. vol. 9. n. 2. p. 231-245. Florianópolis: UFSC, dez. 2010. Disponível em: [www.cfh.ufsc.br/ethic@/Art%206%20Rurion.pdf]. Acesso em: 06.06.2011.

MOLINA, Lucrecia. Glossario – Elementos conceptuales y vocabulário incluídos em los documentos. Disponível em: [www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_vocabulario/capiracismo05.pdf]. Acesso em: 10.02.2010.

MONTENEGRO, Miguel. Robert Jaulin and Ethnocide. Disponível em: [www.miguel-montenegro.com/EthnocideWik.htm]. Acesso em: 14.02.2010.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Criminologia do reconhecimento: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. Disponível em: [www.pucrs.br/edipucrs/Crimin.eSist.Jurid.PenaisContemp.II.pdf]. Acesso em: 07.06.2011.

_____. Reificação *versus* reconhecimento – Sobre a dimensão antropológica da teoria de Axel Honneth. Disponível em: [www.editoraufjf.com.br/revista/index.php/TeoriaeCultura/article/viewFile/1107/911]. Acesso em: 07.06.2011.

_____; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*. vol. 8. n. 1, jan.-abr. 2008. Disponível em: [http://redalyc.uaemex.mx/pdf/742/74211531002.pdf]. Acesso em: 05.06.2011.

VÁSQUEZ, Ladislao Landa. Pensamientos indígenas em nuestra América. Disponível em: [www.bibliotecavirtual.clacso.org.ar]. Acesso em: 14.10.2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Direito processual social no Brasil: as primeiras linhas, de Jefferson Carús Guedes – *RePro* 142/137;
- Filosofia constitucional, de Eduardo Ribeiro Moreira e Maria Eugenia Bunchaft – *RDCI* 74/37;
- Publicidade e reconhecimento: a ética reconstrutiva do Estado Europeu, de Soraya Nour – *RDCI* 66/346; e
- O princípio do respeito às autonomias culturais, de Raúl Cervini – *RT* 676/257.

A MODERNA SOCIEDADE DO RISCO E O USO POLÍTICO DO CONTROLE PENAL OU A *ALOPOIESIS* DO DIREITO PENAL

2

Modern risk society and the political use of criminal control or allopoiesis of Criminal Justice

JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA

Doutor em Direito pela Unisinos-RS. Mestre em Direito pela Unijuí-RS. Especialista em Direito pelo IESA e Unijuí-RS. Professor de Direito Penal na URI - Campus Santo Ângelo--RS. Juiz de Direito.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Pretende-se realizar uma reflexão sobre a expansão do controle penal na moderna sociedade do risco. Nessa esteira, criticam-se os recentes rumos expansivos do Direito Penal, que se converteu em arma política e populista de combate aos crescentes riscos enfrentados pela sociedade atual. O entorno social e político confere ao controle penal a missão de controlar monitorar riscos sistêmicos, em uma verdadeira invasão da política no sistema penal, impedindo--o de construir sua própria legalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Pós-modernidade - Direito Penal - Sociedade do risco - Populismo - *Alopoiesis.*

ABSTRACT: The intent here is to carry out an analysis on the expansion of criminal control on modern risk society. Along this line, the recent expansive direction of criminal law is criticized, as it became a populist and political weapon to combat the increasing risks faced by society today. The social and political environment give criminal control the mission to monitor systemic risks in a scenario where there is a real invasion of politics into the criminal justice system, preventing it from building its own legality.

KEYWORDS: Postmodernism - Criminal law - Risk society - Populism - Allopoiesis.

SUMÁRIO: 1. A modo de introdução: a obsessão securitária e a cultura do controle como produtos do projeto de expansão do direito penal – 2. A sociedade do risco e a razão populista na promoção do espetáculo do direito penal – 3. A intervenção populista e a *alopoiesis* do direito penal: a insustentável situação do direito penal – 4. Considerações finais – 5. Referências.

1. A MODO DE INTRODUÇÃO: A OBSESSÃO SECURITÁRIA E A CULTURA DO CONTROLE COMO PRODUTOS DO PROJETO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

O marco epocal atual oferece uma representação social expansivo-expressiva do Direito Penal, que é consensual, convertendo-se, por isso, em uma "rara unanimidade". Vive-se numa sociedade do controle,[1] na qual se tem intensifi-

1. Conforme Deleuze, a sociedade atual, diferente da sociedade da disciplina de Michel Foucault, caracteriza-se por estar submetida a um controle intensivo, para além das instituições fechadas como a prisão e a fábrica. Diz com o tempo das câmeras de vigilância, tornozeleiras eletrônicas, vedação do acesso de pessoas a determinados locais, agora restritos ao público em geral. Em uma palavra, o controle é total e disseminado pela sociedade. E tal mutação segue uma nova formatação do sistema capitalista, que se transformou do industrial ao financeiro, deslocando-se, portanto, da fábrica à empresa. Daí por que o controle deslizou das instituições fechadas, tomando conta da sociedade. Importa notar que a sociedade do controle implica a superação da sociedade da disciplina, analisada por Foucault, que, na sua genealogia do poder, afirmou que a fábrica e a prisão, como as grandes instituições fechadas do século XVI ao XVIII, detinham a função primordial de disciplinar corpos (formar corpos dóceis), adaptando-os ao sistema da fábrica, intensificando o processo de industrialização, no que eram auxiliadas por outras instituições como a escola, o hospital, a família etc. A modo de sintetizar, pode-se afirmar, seguindo o pensamento de Foucault e Deleuze, que, na sociedade da disciplina, o controle dirigia-se ao corpo do desviado, buscando corrigi-lo, seguindo uma lógica inclusiva. Já, na sociedade do controle, a atual, não se fala mais em disciplinar ou educar, mas, sim, em controlar grupos perigosos e de risco. O controle, portanto, é atuarial e flexível, seguindo a lógica da empresa e o risco. Consultar, a respeito do tema: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 29. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 117-195. Também, do mesmo autor: *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 79-126. Igualmente, no trato da sociedade do controle: DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. Peter Pal Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 2008. p. 209-226. Ver, de igual sorte: DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: Postfordismo y control de la multitud*. Trad. José Ángel Brandariz García e Hermán Bouvier. Madrid: Traficantes de sueños, 2006. p. 53 e ss. E, no que diz com a noção da sociedade do controle nos termos da era digital, na qual o lugar e o tempo da punição são simultâneos e intensos, pois o monitoramento eletrônico ampliou a capacidade do sistema em controlar um núme-

cado, como nunca, o recurso ao Direito Penal para combater a criminalidade, que se intensifica. Há, efetivamente, uma *guerra santa* que justifica políticas criminais de segurança coletiva, culminando no fato de que *lei e ordem* e *tolerância zero* (versões pós-modernas do teste de "fidelidade ao Direito") se transformam em bens jurídicos. De outras, é sabido que o fenômeno expansivo não é monocausal, tampouco decorre da produção legislativa de um Estado totalitário; ao contrário, o movimento expansivo é produto de diversas orientações e saberes que acabam convergindo no denominador comum que deságua em uma verdadeira proposta securitária, que, como refere Silva Sánchez, integrou-se nesse novo consenso social sobre o papel do Direito Penal. Assim, as premissas ideológicas (Direito Penal simbólico) e os movimentos totalizantes de "lei e ordem" não desapareceram do cenário social; ao contrário, passaram a se acomodar, "comodamente", nesse novo consenso.[2] Dito de outro modo, a expansão do Direito Penal, que é característica marcante das sociedades pós-modernas, está relacionada com "causas mais profundas", na precisa observação de Silva Sánchez, para quem a expansão deita suas raízes no modelo social, notadamente a partir de novas expectativas que as camadas sociais têm em relação ao papel conferido ao Direito Penal. Isso culmina, no âmbito cultural, na formação de uma verdadeira demanda social por mais proteção e segurança frente aos novos riscos.[3] Dessarte, o ponto de partida real para a análise do tema pouco tem a ver com os movimentos de *Law and order*, que davam respaldo às políticas criminais totalizantes da década de 70.[4] A pedra de toque é a crescente

---

ro maior de pessoas, bem como de forma mais intensa, agora no ambiente doméstico, produzindo conhecimento sobre elas, consultar: JONES, Richard. Digital rule: punishment, control and technology. *Journal Punishment and Society,* vol. 2, n. 1, p. 5-22.

2. 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. p. 25.

3. No mesmo sentido, é o pensamento de: GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, especialmente p. 41-128. Também: YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 15-90.

4. O enfoque do teorema da *lei e ordem* ou *tolerância zero* é dado por: WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. Na sua abordagem, Wacquant sinala que a globalização neoliberal imprimida, pioneiramente, pelos EUA e Inglaterra, nos idos dos anos 80, reafirmou a onipotência do Leviatã no domínio restrito da manutenção da ordem pública. Isso levou à substituição do Estado social pelo Estado-penitência, tendo se convertido à ideologia do mercado.

demanda social por proteção e segurança, facilmente detectada na sociedade moderna, que vive sob os influxos sociológicos da sociedade do risco.[5]

Nesse passo, Silva Sánchez, dissertando sobre as causas da "crise de crescimento"[6] do Direito Penal nas sociedades pós-industriais, confere destaque à questão da aparição de novos interesses ou bens jurídicos, especialmente aos bens atualmente escassos, como o meio ambiente ou bens coletivos ou difusos, relacionando-os ao aparecimento de novos riscos e à institucionalização da insegurança, que, de resto, não deixam de ser produtos da sociedade do risco. Também, aponta o surgimento de uma sociedade de sujeitos passivos, dependentes do Estado de bem-estar, que valorizam, de forma essencial, a questão da segurança, o que implica a redução do risco permitido na sociedade, havendo, inclusive, uma identificação maior com as vítimas. Esse fato reforça o consenso punitivo, que, por fim, descansa no descrédito de outras instâncias de proteção, preponderando a resposta penal. A própria globalização, que intensificou o intercâmbio de pessoas e o comércio transfronteiriço, dando azo a crimes transnacionais (tráfico de drogas, armas e pessoas, crimes ambientais, terrorismo, crime organizado, etc.), por sua sorte, também fomentou a expansão do controle penal rumo a um Direito Penal internacional.

Em suma, pode-se referir que a aventura securitária é produto da pós-modernidade ou da modernidade tardia, que, no ambiente de relações sociais, econômicas e culturais, trouxe consigo um conjunto de riscos, complexidade e insegurança,[7] bem como problemas do controle social, que afetaram, sobre-

---

Em outras palavras, na lição de Wacquant, o Estado, convertido ao credo mercadológico, relegou a questão da segurança à dimensão criminal, procurando resolver a pobreza e a exclusão social pelo remédio punitivo, isto é, penalizando a miséria. Ver p. 07-75.

5. Ver: BUSTOS RAMÍREZ, Juan J; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006. p. 22 e ss. Neste passo, os autores, no trato das tendências atuais do controle social, falam que o momento atual, de um Direito caracterizado como *Estado neoliberal de pensamento único,* pois cada vez se criam mais delitos, com o consequente aumento da população carcerária, apresenta-se como o único meio de controle social dotado de eficiência e eficácia.

6. Ver: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2010. p. 9 e ss.

7. CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13 e ss. Para os autores, o processo de expansão do Direito Penal tem a ver com a globalização e a contemporânea sociedade de risco, que propiciam o surgimento de um sentimento generalizado de insegurança diante da imprevisibilidade e da liquidez das relações sociais.

maneira, o Direito Penal,[8] que, agora, não mais discute os efeitos da sanção penal, mas se vê envolto na missão de dispor de novas formas de prevenção e minimização dos riscos, os quais, no cenário da pós-modernidade, não param de crescer.[9] Dito de outro modo, a pós-modernidade e sua inerente complexidade trouxeram ao controle penal desafios questionadores acerca da possibilidade de monitorar, de forma efetiva, os novos riscos da sociedade pós-industrial.[10]

No limite, os anos 80/90 informam o surgimento de uma nova política criminal, que tem suas raízes numa nova experiência do crime e da insegurança objetiva e subjetiva, estruturada pelos arranjos sociais, econômicos e culturais singulares da pós-modernidade,[11] que pode ser entendida como a aproximação do mundo industrializado,[12] com o emprego da força material e a maquinaria

8. Ver: FUENTES, Francisco Maldonado. Derecho penal excepcional y delincuencia. Reflexiones sobre la extensión y alcances de los nuevos modelos de legislación penal. In: COLLAO, Luis Rodríguez (org.) *Delito, pena y proceso: livro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008. p. 41-96.

9. Consultar, nesse particular: BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerários de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas. In: FARALDO CABANA, Patricia (dir.); BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel; PUENTE ABA, Luz María (coord.). *Nuevos retos del derecho penal em la era de la globalización*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 15-63. Informa Brandariz García, com acerto, no sentido de que o incremento aparentemente descontrolado de todo tipo de riscos e sua construção midiática, que tende a se focalizar na sensação de insegurança (centrada na criminalidade urbana: furtos, roubos, sequestros etc.), desata um certo "pânico moral", promove uma verdadeira "criminalização da pobreza" (gestão policial da miséria), esquecendo-se de que esta muito tem a ver com a reordenação mercantil das cidades. Em uma palavra, segundo o autor, face ao surgimento da sociedade do risco, o controle e a vigilância são construídos socialmente como obsessões. Ver p. 36-50.

10. Veja-se, nesse particular: CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madri: Iustel, 2007. p. 60 e ss., que adverte que a globalização está unida à sociedade do risco, na medida em que fomenta uma neocriminalização, já que há uma liberalização dos mercados e a utilização de um direito penal neutro e formal para combater a conflituosidade social.

11. GARLANT, David. Op. cit., p. 181 e ss. No pensamento de Garlant, a mudança no controle do crime não decorre, primordialmente, de orientações criminológicas, mas também, por forças históricas do neoliberalismo e pós-modernidade, que transformaram as condições sociais e políticas sobre as quais se assentava o campo do controle do crime.

12. GIDDENS, Antony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997.

da produção.[13] E tal sinal da pós-modernidade forjou um mundo em disparada (ou em descontrole), promovendo um "desencaixe" das instituições sociais,[14] constituindo, ainda, conforme entendimento de Habermas,[15] um projeto inacabado, polêmico e multifacetado, que se apresenta com o desenvolvimento das sociedades modernas, que, de resto, veem-se envoltas com a complexidade e o risco.

A modo de sintetizar, a pós-modernidade ou modernidade tardia,[16] novo padrão distintivo de relações econômicas e sociais, trouxe, no seu bojo, um conjunto de riscos, inseguranças e problemas de controle social, reconfigurando, dessa forma, as expectativas sociais com relação às políticas criminais de repressão à criminalidade, já que o caldo cultural pede o endurecimento da resposta penal.[17] Dizendo de outra maneira, o endurecimento da resposta

---

13. Nesse sentido, ver: JAMESON, Fredric. *Uma modernidad singular: ensayo sobre la ontologia del presente*. Trad. Horacio Pons. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 22, quando a afirma que a modernidade sempre teve algo a ver com a tecnologia e o progresso, referindo que "el único significado semântico satisfactório de la modernidade está em su asociación com el capitalismo".

14. Veja-se, nesse sentido: GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 18-23, quando refere que a globalização é um movimento revolucionário, que não se traduz tão só em movimentos econômicos, mas que é política, tecnológica e cultural, tanto quanto econômica, constituindo o pano de fundo das mudanças experimentadas pela modernidade. Nesse particular, aduz Giddens: "É errado pensar que a globalização afeta unicamente os grandes sistemas, como a ordem financeira mundial. A globalização não diz respeito apenas ao que esta 'lá fora', afastado e muito distante do indivíduo. É também fenômeno que se dá 'aqui dentro', influenciando aspectos íntimos e pessoais de nossas vidas", p. 22.

15. HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 1990. p. 11-14. Para Habermas, modernização relaciona-se "a um feixe de processos cumulativos que se reforçam mutuamente: à formação de capital e à mobilização de recursos, ao desenvolvimento das forças produtivas e ao aumento da produtividade do trabalho, ao estabelecimento de poderes políticos centralizados e à formação de identidades nacionais, à expansão de direitos de participação política, de formas urbanas de vida e de formação escolar formal, refere-se à secularização de valores e normas, etc."

16. Ver: BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e de Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

17. Consultar: MENDOZA BUERGO, Blanca. Gestion del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo. In: AGRA, Cândido da; LUIS DOMÍNGUEZ, José; GARCÍA AMADO, Juan Antonio, HEBBERECHT, Patrick; RECASENS, Amadeu. *La seguridad em la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003. p. 67-89. Conforme

penal decorre de profundas mudanças vivenciadas pela sociedade moderna, uma vez que é do lugar comum na literatura sociopolítica que está constituída pela caracterização como uma sociedade do risco.[18] E, com isso, quer-se designar como um conjunto de fenômenos produzidos no desenvolvimento da sociedade industrial, cujo denominador comum é o debilitamento de certas instituições tradicionais, o que gerou uma sensação intensa de insegurança nas pessoas. Com efeito, a sociedade contemporânea sofre com a constante mudança e aceleração, provocada sobremaneira pela economia globalizada de

---

Mendoza Buergo, a pressão pela segurança pública submete o Direito Penal não somente a abarcar os riscos modernos, produto das inovações tecnológicas, senão que contagia todo o sistema penal, demarcando o surgimento, em diversos setores, de um afã preventivo total. Dessa maneira, o controle penal se vê forçado a um processo de expansão contínuo. Ver p. 81-83.

18. Os contornos da sociedade do risco, como produto da modernidade, quando relacionada com o espaço da contingência (ato segundo o qual as possibilidades das novas experiências da vida possam ser diferentes das anteriores, enganosas), são dados pelos sociólogos Luhmann e Beck. Para Luhmann, o risco surge da tecnologia e de seu paradoxo, ou seja, da relação das possíveis utilidades com os possíveis danos que são inerentes à tecnologia, notando que se começou a falar do risco ao longo da transição da Idade Média até o início da modernidade. E, segundo Luhmann, abaixo das condições atuais do mundo, não se pode fazer outra coisa senão se aventurar e correr riscos, o que representa uma certa tendência das decisões modernas, que antecipa o futuro. Dessarte, Luhmann entende que o risco é componente fundamental da sociedade moderna, sendo que a discussão pública deve ser feita menos apaixonada e alarmista, asseverando que não existe conduta livre de riscos. Consultar: LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Trad. Silvia Pappe, Bruhilde Erker e Luis Felipe Segura. 3. ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 57-131. De outro lado, Beck, com sua "modernidade reflexiva", ensina que o risco é uma autoconfrontação com os danos colaterais do processo de modernização experimentado pela sociedade, criticando o processo de industrialização, que, segundo ele, esgotou-se, surgindo uma nova fase de (auto)destruição da criação da época industrial, potencializando a destruição da natureza, a divisão internacional do trabalho, o desemprego e a fome. Assim, para Beck, a sociedade do risco é, portanto, uma forma reflexiva, cujo desenvolvimento do ponto de vista teóricossocial e de diagóstico cultural de um estado da modernidade, que provoca ameaças à sociedade mundial. Ver: BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia uma nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro. Barcelona: Paidós, 2006. p. 12-115. Também consultar: BECK, Ulrich. Reivindicação da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anyhony; BECK, Ulrich; LASCH, Scott (org.). *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997. p. 11-71. Por fim: BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 71-119.

consumo e de comunicação de massas, suscitando um insuperável paradoxo entre maior flexibilidade/liberdade e, em contrapartida, uma vulnerabilidade maior (precariedade/instabilidade/incerteza).[19] De efeito, nesse ambiente de sensação (subjetiva) de insegurança,[20] a questão da segurança se apodera do discurso público, crescendo a ansiedade face à marginalidade que o processo tecnológico causa. A consequência disso é que o paradigma preventivo passa a dominar o discurso e a práxis jurídico-penal.

Daí o acerto da teoria social de Garlant quando assevera que a mutação do Leviatã penal, ou "aventura securitária" das sociedades pós-industriais do século XXI, somente pode ser compreendida nos contornos da sociologia do risco.[21] De se notar, conforme Prittwitz, que o teorema da sociedade do risco,

---

19. Consultar: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 129-153.

20. BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007. p. 11-33. Também, do mesmo autor: *Comunidade*: a busca por segurança no mundo atual. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

21. Ver, no trato da relação do Direito Penal e novos riscos tecnológicos nas sociedades pós-industriais: GONZÁLES, Carlos J. Suarez. Derecho penal y riesgos tecnolóligos. In: ZAPATERO, Luiz Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTIN, Adán Nieto (org.). *Crítica y justificación del derecho penal em el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones de la Univesidad de Castilla-La Macha, 2003. p. 289-297. Com efeito, Gonzáles refuta os axiomas de Beck, referindo que resultam, provavelmente, falsos, uma vez que os riscos, qualitativamente, têm diminuído pelos indicadores sociais de qualidade de vida e desenvolvimento humano: longevidade, índices de mortalidade infantil, saúde, controle de enfermidades. Para Gonzáles, os riscos sempre existiram. O problema atual não diz com um incremento objetivo dos riscos, senão com um aumento da percepção dos riscos. O que se produz, enfim, é um contágio do medo ao risco, o que é impulsionado pela mídia. Consultar p. 294-295.
No mesmo sentido: PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y derecho penal. In: ZAPATERO, Luiz Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTIN, Adán Nieto (org.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Trad. Adán Nieto Martín e Eduardo Demétrio Crespo. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilha-La Mancha, 2003. p. 259-287. Prittwitz reputa de catastróficas as previsões de Beck, dizendo que as observações deste são mais políticas do que sociológicas, adotando, por outro lado, os ensinamentos de Luhmann, que têm como "o real descubrimiento sociológico del riesgo tal como fue sintetizado por Niklas Lumann en 1991". O seu diagnóstico é o seguinte: "La política criminal y teoria penal, pero sobre todo la dogmática jurídico-penal están influidas desde hace mucho tiempo por el desarollo social en su conjunto de la, concebida de este modo, sociedad del riesgo. La dogmática del riesgo en el sentido expuesto, así como la discusión sobre las relaciones jurídico-penales a las nuevas fuentes de riesgo, constituye sólo una parte de la investigación, que de hecho

com as graves mutações que produziu na genética do controle penal, foi o que preparou o terreno para a edificação do Direito Penal de exceção (Direito Penal do inimigo) ou a "Revolução Policial"[22]/"Direito de Luta"[23] no âmbito do Direito Penal da sociedade do risco.

2. A SOCIEDADE DO RISCO E A RAZÃO POPULISTA NA PROMOÇÃO DO ESPETÁCULO DO DIREITO PENAL

Não há acordo acadêmico a respeito do significado do termo populismo, que forma parte da paisagem da política moderna.[24] Todavia, é possível indicar um núcleo analítico, especialmente que fala em "interpretações sintomáticas", que tem o conceito sobre a base da configuração do povo como ator político.[25]

---

persigue conformar los cimientos de una teoría crítica del moderno desarollo del Derecho Penal". Idem, p. 261.

22. PALIDDA, Salvatore. La revolución policial. In: PUENTE ABA, Luz María; BARBEITO, Mónica Zapico; MORO, Luis Rodrigues (org.) *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal.* Trad. José Ángel Brandariz García e José Antonio Ramos Vázquez. Granada: Comares, 2008. p. 41-68. Para Palidda, a "revolução policial" tem a ver com o recurso a práticas militares e o vocabulário da guerra para gestionar a segurança, especialmente na "luta" contra a imigração clandestina, terrorismo, delinquência violenta etc.

23. DONINI, Massimo. Derecho penal de lucha: lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no deve limitarse a exorcizar. Trad. Pablo Guérez Tricarico. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura. *Política criminal em vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada.* Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 29-75. No pensamento de Donini, o conceito de Direito de Luta constitui-se em um conceito normativo, uma vez que foi incorporado pelas legislações nacionais e internacionais, alterando a própria interpretação das regras e aplicação do direito, impondo uma verdadeira mutação genética ao controle penal, que, de resto, foi contaminado pela emergência e exceção , como, por exemplo, a "forma ilegítima de Direito Penal do inimigo". Ver p. 61 e ss.

24. Conforme: REYES, Oscar. Conservadorismo *skinhead:* un proyecto populista fallido. In: PANIZZA, Francisco. *El populismo como espejo de la democracia.* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2009. p. 133-159. No entendimento de Reyes, a maioria dos especialistas define o populismo como uma dimensão da ação política, mais do que uma posição ideológica. Entretanto, há uma base analógica comum: o povo e as práticas políticas atuais. Ver p. 140.

25. Consultar: LACLAU, Ernesto. *La razón populista.* Trad. Soledad Laclau. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010. p. 15-35. Importante leitura de: PANIZZA, Francisco (org.). *El populismo como espejo de la democracia.* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

E tal enfoque entende o populismo como um discurso *anti stato*, ou seja, que simplifica o espaço político mediante divisão simbólica da sociedade entre o povo (fonte da soberania popular) e os outros. Dessarte, as identidades do povo (nós) e os outros (eles) são construções políticas constituídas simbolicamente mediante uma relação de antagonismo. Logo, a construção da identidade popular reclama a derrota política do outro, o inimigo do povo. Pode-se dizer, portanto, com Laclau,[26] que a construção de identidades populares é central na apelação populista, especialmente pelo chamamento do povo e da soberania popular.

De outro lado, as práticas populistas, que constituem o "espelho da democracia", surgem, no entendimento de Panizza,[27] a partir do fracasso das instituições sociais e políticas estabelecidas para confinar e regular os sujeitos políticos dentro de uma ordem razoavelmente estável.[28] Por essa razão, face à crise do Estado de bem-estar em tempos de modernidade líquida, permeada por instabilidade e insegurança, a política populista pode se apoderar de uma formação política quando existe uma pluralidade de demandas sociais que não podem ser absorvidas pelo sistema institucional, o que culmina em produzir identidades dissolvidas em forma de interesses específicos (trabalhadores, mulheres, grupos étnicos etc.), reclamando por identificação.[29] Em uma palavra, a prática populista encontra seu lugar com a crise de representação das sociedades modernas, especialmente pelo esgotamento das tradições políticas e desaparecimento dos partidos políticos, que não se revelam capazes de representarem verdadeiras demandas políticas.[30] Com isso, há uma dissolução dos vínculos sociais, já que as demandas sociais do povo (que, na sua versão atual da multidão/massa)[31] são substituídas pela lógica da equivalência, que se constitui na forma especial de articular demandas específicas.[32] É por essa razão que

26. LACLAU, Ernesto. Populismo: qué nos dice el nombre? In: PANIZZA, Francisco (org.). *El populismo como espejo de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 51-70.

27. PANIZZA, Francisco, na introdução à obra: *El populismo como espejo de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 21.

28. Idem, p. 22-23.

29. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 76 e ss.

30. PANIZZA, Francisco. Op. cit., p. 28.

31. Ver: HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Trad. Alcira Bixio. Barcelona: Paidós, 2005. p. 89-205.

32. LACLAU, Ernesto. Populismo: qué nos dice el nombre cit., p. 55-57.

Laclau informa que uma situação social na qual as demandas se agrupam sobre a base negativa, permanecendo insatisfeitas, é a precondição para a articulação política do populismo.[33]

Sintetizando, pode-se dizer que o populismo é, efetivamente, a outra cara da despolitização do político (crise de representação/ausência de demandas políticas), que leva à hiperpolitização das relações sociais. Por outro lado, o populismo edifica-se a partir de relações de antagonismo, isto é, o *outro* em oposição ao *povo*, que pode se apresentar em termos políticos ou econômicos, com a promessa da plenitude uma vez vencido o inimigo.[34] Dito de outra maneira, o populismo é dependente de uma exterioridade constitutiva, ou seja, uma heterogeneidade ameaçante (o outro) contra a qual se forma a identidade.[35] Como refere Laclau, não há populismo sem uma construção discursiva do inimigo.[36] No limite, o acesso ao populismo corresponde à eliminação da soberania popular nas sociedades democrático-liberais, estando vinculado a um certo tipo de consenso liberal (neoliberalismo).[37]

Com efeito, com a hegemonia neoliberal, a maior parte das decisões cruciais, mormente as vinculadas às questões sociais e econômicas, foi eliminada do terreno político, ficando a cargo do soberano privado.[38] Com isso, a política

33. Idem, p. 56.

34. PANIZZA. Op. cit., p. 14-17. E o exemplo do rol constitutivo de tal antagonismo é ilustrado por Panizza mediante os acontecimentos de 11 de setembro de 2001, que uniu os habitantes dos EUA, até então, profundamente fragmentados por raça, classe, gênero, religião etc., e divididos politicamente, como um único povo ameaçado por um inimigo externo violento (terroristas).

35. Em uma outra versão, pode-se nominar o Direito Penal do inimigo, idealizado por Jakobs e sua dialética, com a insegurança moderna, especialmente no âmbito da criminalidade econômica, terrorismo, criminalidade organizada, delitos sexuais etc. Para tanto, consultar: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 25 e ss.

36. LACLAU. Populismo: qué nos dice el nombre cit., p. 59.

37. MOUFFE, Chantal. El 'fin de la política' y el desafio del populismo de derecha. In: PANIZZA, Francisco (org.). *El populismo como espejo de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 71-96. Importa notar que, no artigo, Mouffe analisa o crescimento do populismo de direita (por exemplo, Jean-Marie Le Pen, na França, em 2003).

38. CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado*. Trad. Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 254-262.

perde sua capacidade de dar forma à discussão de como se deve articular a vida em sociedade, assegurando as condições para o funcionamento do sistema, havendo, portanto, uma incapacidade de se encarar os problemas sociais como políticos. E, com a falta de uma esfera pública política democrática para regular as relações sociais, a questão desliza para o terreno legal (discurso da indignação moral/registro da moralidade),[39] com graves prejuízos à democracia.[40] A política, nesse contexto, desenvolve-se em termos de moralidade e antagonismos (bem/mal), restando claro que, quando o oponente é definido em termos morais, só pode ser concebido como inimigo.[41] Assim, no contexto dominante que proclama que não há alternativas à atual forma neoliberal da globalização, a *Realpolitik* edifica-se em termos morais/sanitários, demarcando-se a ausência de políticas alternativas em termos socioeconômicos.[42]

E, no campo do sistema penal, o "espetáculo do mercado"[43] trouxe importantes reflexos à política criminal, impondo uma revisão do previdenciarismo penal, subsumido nas políticas econômicas e sociais do *Welfare State*. Dito de

39. NEGRI, Antonio. *La forma-estado*. Trad. Raúl Sánchez Cedillo. Madrid: Akal, 2003. p. 399-408. Nesse particular, Negri fala do retorno da questão criminal (ou coerção econômica).

40. MOUFFE, Chantal. Op. cit., p. 76-77. Segundo Mouffe, o Estado atual das sociedades democrático-liberais é favorável ao desenvolvimento do populismo de direita, principalmente pela utilização do discurso de que não há alternativas (fim da história) à presente ordem.

41. Idem, p. 81.

42. Idem, p. 81-82.

43. Ver, nesse sentido: DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo: comentários sobre a sociedade do espetáculo*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 10-11. O sentido da sociedade do espetáculo, segundo Debord, não está relacionado com a maciça difusão de imagens; ao contrário, relaciona-se com uma certa visão de mundo que se objetivou. Assim, na sua totalidade, espetáculo é, ao mesmo tempo, o resultado e o projeto de produção existente. Dessa forma, a sociedade que se baseia na indústria moderna é, fundamentalmente espetacular, uma vez que o espetáculo é a principal produção da sociedade atual, que está relacionada com a técnica. Nas palavras de Debord, "a sociedade do espetáculo é a forma que escolhe seu próprio conteúdo técnico. Se o espetáculo, tomado sob o aspecto restrito dos meios de comunicação de massa, que são sua manifestação superficial esmagadora, dá a impressão de invadir a sociedade como simples instrumentação, tal instrumentação nada tem de neutra: ela convém ao automovimento total da sociedade". Idem, p. 20. Em resumo, a sociedade do espetáculo, para Debord, diz com a perda da unidade do mundo, que restou isolado pelo processo técnico, forjando multidões solitárias. No seu limite, informa a vitória do sistema econômico e da proletarização do mundo, consistindo

outra maneira, se o Estado social detinha o compromisso de garantir o trabalho e combater as desigualdades sociais inerentes ao sistema capitalista, ou seja, se possuía um compromisso com a seguridade social, como forma de retirar a cidadania da sua posição vulnerável, com o capitalismo tardio e sua ideologia neoliberal, o Estado do espetáculo abandonou o ideal de ressocialização ou (re)inclusão do delinquente.[44-45]

Dessarte, a criminalidade e a política criminal na pós-modernidade são informadas pelo fim do compromisso com a previdência, ao contrário do que ocorria na idade do capitalismo industrial, que se pautava pelo desiderato de reduzir as desigualdades sociais, e, pois, por um ideal reabilitador, alterando-se a resposta ao crime.[46] Com efeito, nesse particular, Garland ensina que a dinâmica do controle do crime reproduz um certo tipo de ordem social nas sociedades pós-modernas, sendo que, por isso, a política criminal foi se alinhando às relações sociais e culturais contemporâneas.[47-48]

Com efeito, essa nova criminologia neoliberal abandona a imagem recorrente do criminoso como um produto do meio, pessoa necessitada, ociosa e desajustada, tornando-se agora uma fonte de medo, mais ameaçadora, como a dos criminosos recalcitrantes, drogados e predadores, para os quais a comunidade em geral possui intensa sensibilidade. O sentimento piedoso que outrora se identificava com o criminoso deslocou-se para a vítima e para o público atemorizado.

"o espetáculo nada mais que a linguagem comum dessa separação (abstração do trabalho)". Idem, p. 23.

44. Nesse sentido, consultar: DE GIORGI, Alessandro. Op. cit., p. 87-149. No pensamento de De Giorgi, o assalto neoliberal ao *Welfare State* produziu uma nova escravidão: a desocupação ou desemprego (flexibilidade da força laboral e declínio da sociedade salarial, forjando uma excedência negativa, que passa a ser gestionada pela sociedade do controle, sendo o risco encarcerado.

45. Conforme: DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estratégias y prácticas de la sociedad de control*. Trad. Iñaki Rivera y Marta Monclús. Barcelona: Virus Editorial, 2005. p. 43-73.

46. GARLAND, David. Op. cit., p. 33-34.

47. Idem, p. 37.

48. Não se pode olvidar que Garland parte da análise das respostas norte-americanas e britânicas no controle do crime, bem como do mesmo substrato social e cultura. Todavia, sua análise se encaixa nas de outros autores como Löic Wacquant e Nils Christie, os quais, nas suas observações, não se limitam tão só aos Estados Unidos e Reino Unido.

"Em vez do idealismo e da humanidade, as discussões de política criminal passaram a ser inspiradas pelo ceticismo para com a reabilitação, pela desconfiança com os especialistas em penalogia e pelo reconhecimento da importância e eficácia da pena (...). Nessa visão reacionária, o problema subjacente da ordem era visto não como um problema durkheimiano de solidariedade, mas como um problema hobbesiano de ordem, cuja solução deveria ser uma versão centralizadora e disciplinar do Estado-Leviatã."[49]

Assim, o último quarto do século XX marca a emergência de uma nova racionalidade não correcionalista do controle do crime, uma nova criminologia e novas filosofias da pena, agora focadas no combate dos novos riscos da pós-modernidade, mais centradas na pessoa da vítima e na defesa da sociedade, em detrimento do criminoso. É a nova criminalidade: a do "outro", na qual se demoniza o criminoso e se preconizam intervenções preventivas, com maciço apoio ao poder punitivo do Estado (que passa a ser dotado de uma funcionalidade ilimitada), num ambiente de dramatização midiática dos medos populares. O criminoso não é mais uma pessoa normal, desajustada, vulnerável e propensa ao desvio (como pensava a corrente da criminalidade do "eu"). Ao contrário, o "outro" é fonte de perigo que necessita ser neutralizado, uma vez que é visto como fonte imediata de perigos e incertezas.[50-51] No limite, o controle passa a ser total, pois o criminoso desliza para o "inimigo" (ou classes perigosas), que deve ser combatido. É o sistema político, pelo antagonismo populista, buscando um consenso social e "governando pelo crime".

---

49. Idem, p. 221.

50. A criminalidade do Outro, para: GARLAND, David. Op. cit., p. 285, diz com o pensamento que não "normaliza" o criminoso, como o que acontecia na época do previdenciarismo penal. Ao contrário, a criminologia do Outro é frequentemente esgrimida no rastro de crimes escandalosos (o que significa dizer, casos altamente atípicos que se faz parecerem "totalmente típicos"). Esta é uma criminologia que se vale das imagens, arquétipos e ansiedades, e, não, de análises cuidadosas e de descobertas científicas. Em sua deliberada intenção de ecoar os receios públicos e as pautas midiáticas e com seu foco nas ameaças mais preocupantes, ela é, na verdade, um discurso politizado do inconsciente coletivo, muito embora reclame para si a virtude de ser realista e consensual, se cotejada com as teorias acadêmicas. Em suas figuras de linguagem e invocações retóricas típicas, esse discurso político se baseia na criminologia arcaica do tipo criminoso, do Outro. Às vezes de forma explícita, mais comumente em códigos, o problema é atribuído ao comportamento insidioso, imoral, de delinquentes perigosos, que pertencem tipicamente a grupos raciais e culturais que guardam pouca semelhança "conosco".

51. Demarca-se aqui o surgimento de uma sociedade que seleciona e exclui pelo controle penal atuarial, conforme: YOUNG, Jock. Op. cit., p. 15-23.

Importa notar, por relevante, que esse giro da sociedade da disciplina à cultura do controle[52] é que abriu um considerável espaço para o "populismo punitivo", que, segundo Elena Larrauri,[53] ocorre quando o uso do Direito Penal pelos governantes aparece guiado por três sentimentos: somente as penas elevadas podem reduzir a criminalidade; as penas ajudam a reforçar o consenso moral na sociedade; a defesa do movimento de lei e ordem promove ganhos eleitorais aos seus defensores. Em outras palavras, o populismo punitivo tem a ver com o procedimento de se fazer uso do controle penal, de forma prioritária, para afrontar problemas sociais, ou "governar através do delito".[54] E tal viragem somente foi possível com a alteração do modelo punitivo disciplinatório para o da inocuização, o que tem a ver com o desmantelamento do Estado de bem-estar e implemento de políticas de cunho neoliberal, que, de resto, submeteram o controle penal a uma leitura econômica de custo/benefício. Infelizmente, a partir de então, a cultura solidária da ressocialização/inclusão migrou para a forma do controle de grupo de riscos.

E esse entorno de um certo neoconservadorismo político, que enfatiza a mensagem de periculosidade da delinquência rumo à construção de "inimigos internos",[55] encontra eco na cultura da sociedade, que passa a entender que a tolerância, a permissividade e a atenuação da responsabilidade pessoal conduz à impunidade.[56] Logo, deve-se aumentar o custo do crime, que é lido, simploriamente, como ampliação de pena ou criação de novos requisitos (mais gravosos, é óbvio) para se obter a liberdade,[57] até porque, como é sabido, vive-se em um estado de insegurança ontológica e sob o signo do medo líquido.[58] O

52. DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia*... cit., p. 53-104.

53. Ver: LARRAURI, Elena. Populismo punitivo y cómo resistirlo. *Jueces pera la Democracia* 55/15-22.

54. Idem, p. 15.

55. Nesse sentido, consultar: BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Op. cit., p. 15-63. Nesse passo, Brandariz García sustenta que, com o abandono da ideologia do tratamento, a sociedade do risco engendrou técnicas de controle para segregar grupos de riscos ou sujeitos sociais, sendo que a coesão social é obtida pela eleição de "inimigos internos", como os drogados, os imigrantes irregulares, criminosos sexuais etc. Ver p. 44.

56. LARRAURI, Elena. Op. cit., p. 16.

57. Veja-se, nesse particular, no caso brasileiro, a alteração legislativa promovida nos crimes sexuais, que, sob o novo título dos crimes contra a dignidade sexual, aumentou consideravelmente a pena prevista para o delito do art. 217A. Também nesse sentido, tramita projeto para aumentar o requisito objetivo (pena cumprida) para a obtenção do livramento condicional aos condenados por crime hediondo.

58. Conforme: BAUMAN, Zygmunt. *Miedo líquido: la sociedad contemporánea y sus temores*. Trad. Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós, 2007.

resultado é uma política criminal irracional, já que a racionalidade das leis não tem sido influenciada pelo discurso do saber jurídico-penal, que perdeu valor na prática político-criminal. Assim, há um terreno fértil ao populismo, que se apresenta como uma estratégia, isto é, como uma "técnica de que o político se vale para apelar às mais diversas necessidades das massas e mobilizá-las de uma tal maneira a tornar sua satisfação tão paradoxal quanto a formulação do parecer secundária e tendencialmente indesejada".[59]

E as diretrizes da política populista são: o apelo aos medos e inseguranças coletivos, o apelo à moralidade, a apresentação da sociedade numa imagem dicotômica e simplificadora e, por fim, a falta de um coerente programa social, o que leva a um discurso moral popular e ao clamor pela disciplina para ordenar o caos. Nesse entorno, o controle penal é invadido pela política, perdendo sua autonomia e reflexão.[60] E, com tal instrumentalização, o legislador pode valer-se do Direito Penal como qualquer equivalente funcional,[61] ou seja, é funcionalizado como pedagogia social. Some-se a isso a imprecisão ou o reducionismo em torno da ideia de segurança, que se converteu em um fim em si mesmo, ou seja, em um metadireito fundamental à segurança interior.[62] Com isso, a responsabilidade penal se legitima como a fórmula mágica para a cura de todos os males sociais, especialmente os sistêmicos.

De outras, a irracionalidade das leis penais (ou seu uso político), no pensamento de Ripollés,[63] sobressai na fase pré-legislativa, uma vez que é aí que os agentes sociais[64] (opinião pública), no processo sociológico, noticiam e tornam

---

59. FIGUEIREDO, Frederico. Política criminal populista: para uma crítica do direito penal instrumental. *RBCCrim* 70/100. Ver p. 105.

60. Com: VATTIMO, Gianni. *La sociedad transparente*. Trad. Teresa Oñate. Barcelona: Paidós, 2004. p. 78-79, pode-se dizer que a atual sociedade pós-moderna e transparente confere ao *mass media* um papel determinante, embora isso não a caracterize como uma sociedade mais transparente, mais consciente de si mesma (iluminada), senão como uma sociedade mais complexa e caótica. Nas suas palavras, "ciertamente se puede objetar que a esta toma de la palavra no há correspondido ninguna auténtica emancipación política: el poder económico está aún em manos del gran capital". Ver p. 79.

61. FIGUEIREDO, op. cit., p. 113-114.

62. Idem, p. 118.

63. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 17-65.

64. Agentes sociais, na definição de Ripollés, são grupos plurais que podem pôr em marcha o processo legislativo, que podem corresponder a forças políticas, sociais ou

crível a existência de disfunção social (ou desajuste social), reclamando intervenção penal. Por outro lado, além da temática social, o fato social disfuncional deve gozar de ressonância social, isto é, deve causar um mal-estar. Aqui cumpre que se destaque o medo difuso ao crime, que dá vazão "a atitudes punitivas elevadas",[65] que estão em contato direto com os meios de comunicação, que conferem destaque especial à delinquência, tratando-a de forma sensacionalista, preconizando a dureza frente ao crime. Aqui, demarca-se o cerne do populismo punitivo: o protagonismo dos meios de comunicação na sociedade da comunicação e seus efeitos na opinião pública, que, atualmente, resume-se à opinião de peritos (redatores, comentaristas, editoriais), que possuem capacidade de selecionar matérias e dar ênfase comunicativa a elas.[66]

Veja-se que não se fala em debate público informado e nem mesmo de consenso social fruto de um procedimentalismo emancipatório (Habermas). Ao contrário, a opinião pública deve ser recebida como um "estado de opinião".[67] No limite, o desconcerto da política criminal rumo a leis penais irracionais decorre do fato de que a legislação é informada pelos "grupos de pressão midiáti-

econômicas institucionalizadas, como o governo, os partidos políticos, sindicatos, associações empresariais, corporativas ou profissionais, religiosas etc. Idem, p. 21.

65. Idem, p. 23-24.

66. Ver: PALAZZO, Francesco. Medios de comunicación y justicia penal. In: ROMEU CASABONA, Carlos María; SANCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme (orgs.). *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. Granada: Comares, 2010. p. 77-94. Para Palazzo, nos países desenvolvidos (de tecnologia avançada), os meios de comunicação assumiram papel decisivo, constituindo-se, na atualidade, um dos elementos mais importantes do sistema social, revelando estritas conexões com a sociedade e sua realidade social, condicionando o exercício do *ius puniendi* estatal. Assim, os meios de comunicação, na fala de Palazzo, são construtores de realidade social, construindo, portanto, pela seleção, a própria delinquência (veja-se a divulgação dos crimes dotados de maior gravidade, que são representados em excesso). Em uma palavra, segundo o referido o autor, os meios de comunicação jogam papel decisivo como instrumento de controle (democrático?!!), desde a criação legislativa até o momento da concreção judicial, contribuindo, notavelmente, para "formar" a opinião pública, constituindo-se em um canal privilegiado para a manifestação da justiça penal, até porque a classe política (que assume a representação midiática) não pode menosprezar dito canal. Por fim, Palazzo diz que a classe política procura recuperar, no terreno da legislação penal, o consenso social indispensável. Ver p. 77-88. Consultar, na mesma obra: SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. Alarma social y derecho penal. In: ROMEU CASABONA, Carlos María; SANCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme (orgs.). *La adaptación del derecho penal al desarollo social y tecnologico*. Granada: Comares, 2010. p. 53-76.

67. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales* cit. p. 29-30.

cos", que forjam uma "opinião pública" favorável aos seus intentos, produzindo uma visão simplificada e superficial da realidade social, desconsiderando, por completo, a opinião dos expertos,[68] que não mais são convocados para participar dos debates legislativos, tão caros na moderna e complexa sociedade do risco.

Em resumo, no marco epocal da pós-modernidade, a sociedade do controle passa a conviver com castigos imoderados, uma vez que a pena se legitima por si mesma como um mal, sem qualquer outro fim socializante. Dessa forma, a pena quanto mais longa, mais legítima. O problema que se revela é o de que o legislador confia (e é sensível a ela), cegamente, na opinião "publicada" dos meios de comunicação de massa, os autores principais do "espetáculo do controle penal", institucionalizando-se o credo de que a sociedade exige "mão dura" no combate à criminalidade, com que, ao final, devido ao alarde da punição, obtêm-se mais votos. Por outro lado, a sociedade, por sua vez, tem a crença de que existem mais crimes que do que o informado pela realidade.[69] Dessa dupla incompreensão acerca da opinião pública (e, não, da "publicada") e dos legisladores de plantão a respeito da opinião pública, sobrevém o combustível do punitivismo punitivo.

Revela-se delicado o fato de que a sociedade desconhece o funcionamento do sistema judiciário, bem como do sistema de garantias constitucionais que dizem respeito à sanção penal. Some-se a isso a ausência de trabalho de pesquisa sério acerca dos verdadeiros índices de criminalidade. Por ora, somente se dispõe de dados fornecidos pela mídia. De outra banda, os políticos são informados pela opinião publicada, dispondo, assim, de escasso acesso à opinião pública, que deveria ser mais bem-esclarecida pelo próprio poder legislativo, a fim de que se obtivesse, de forma efetiva, um debate público rumo ao consenso legislativo. Como o debate político é incipiente, a legislação penal, de regra, é produto da opinião "plantada" midiaticamente, especialmente pela televisão, padecendo de uma legitimidade procedimental.

Também não pode ser deixado de lado o fato de que a análise ou mensagem, fruto das análises dos políticos e dos meios de comunicação, concentra sua atenção espetacular sobre a questão penal,[70] recortando o fato de todo o seu entorno social (que não é menos importante), deixando, com isso, de comparar o delito com o restante de todos os males sociais. Ora, o crime é um mal, que merece ser remediado, assim como todos os demais que cercam a sociedade, especialmente a concentração de renda e a exclusão social. De logo, sobressai que a resposta

68. Idem, p. 34-35.

69. LARRAURI, Elena. Op. cit., p. 19.

70. BARATA, Francesc. Los mass media y el pensamiento criminológico. In: BERGALLI, Roberto (coord.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 487-514.

penal é simplista, o que poderia ser denunciado, caso houvesse mais informação e educação na sociedade. Como isso é olvidado no debate político, a sociedade engendra o controle penal em uma natureza mais conflitiva e cruenta.[71] Não permeia a deliberação política o fato de que as intensas mudanças experimentadas na esfera de produção e consumo da sociedade hodierna e a sua reinterpretação pelos autores envolvidos têm efeitos sobre as causas da criminalidade,[72] daí o porquê de a crise da modernidade (e o risco existencial) ser o outro lado da crise do Direito Penal.[73-74] Dessarte, em ares de insegurança ontológica,[75] uma política criminal de cunho preventivo, enredada com o risco, conta com a adesão maciça da sociedade, que não titubeia em trocar seu sistema garantista de direitos por um controle penal simbólico, que dá falsas aparências de bem funcionar. O resultado desse caldo cultural é o implemento de uma política criminal de cunho expansivo, expressiva e determinante de aumento das penas.[76]

3. A INTERVENÇÃO POPULISTA E A ALOPOIESIS DO DIREITO PENAL: A INSUSTENTÁVEL SITUAÇÃO DO DIREITO PENAL

As atuais demandas de criminalização têm sido influenciadas sobremaneira pela sociologia do risco,[77-78] que levou o controle penal a uma funcionaliza-

71. YOUNG, Jock. Op. cit., p. 36. Para Young, "a contribuição da precariedade econômica e da insegurança ontológica é uma mistura extremamente inflamável em termos de respostas punitivas à criminalidade e da possibilidade de criar bodes expiatórios. Nós já vimos, na discussão de Luttwark sobre o impacto provável da precariedade econômica isoladamente, que elas opõem sutilmente os que estão no mercado de trabalho aos que estão transparentemente fora dele. A insegurança ontológica acrescenta a essa situação de ação explosiva a necessidade de reelaborar as definições menos tolerantes ao desvio e de reafirmar as virtudes do grupo constituído".

72. MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 94-95.

73. YOUNG. Op. cit., p. 32.

74. CASTEL, Robert. *La inseguridad social: qué es estar protegido*. Trad. Viviana Ackerman. Buenos Aires: Manantial SRL, 2004. p. 54-74.

75. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*... cit., p. 33.

76. Compartilha, também, desse entendimento: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo: Buenos Aires: B de F, 2007. p. 129-176.

77. Conclusão da Escola de Frankfurt: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.). ALBRECH, Peter-Alexis. El derecho em la intervención de la política populista reflexiones sobre la razón y limites de los principios limitadores del derecho penal. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

78. O conceito de alopoiese é dado por: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 140 e ss. Conforme Neves, que parte do modelo

ção extrema, como forma de se dar proteção a novos interesses, tais como proteção da natureza, ar, água, aos perigos da tecnologia genética, tráfico de pessoas, proteção de dados etc.[79] Ainda que se questione se o sistema penal pode, efetivamente, combater problemas sistêmicos, o que é sustentado pela corrente que justifica o processo expansivo como uma necessidade premente da sociedade contemporânea,[80-81] é inegável que, no *estado da arte* atual, possui

---

luhmanniano do direito moderno (positivo) como um sistema autopoiético (fechado quando de sua operação e dotado de autonomia com relação aos demais subsistemas da sociedade, como política, economia, religião, social etc.) que se contrapõe ao termo alopiesis, que se relaciona com o estado de "corrupção sistêmica". E a *alopiesis* ocorre, segundo Neves, quando o direito estatal não se desenvolve em determinados âmbitos da sociedade, mormente pela falta de autonomia, uma vez que há sobreposição de outros códigos, notadamente o econômico (ter/não ter) e o político (poder/não poder) sobre o código (lícito/ilícito) do Direito. Em uma palavra, cuida-se da falta de autonomia operacional do direito, que é invadido/corrompido por outros códigos, não conseguindo forjar sua legalidade, perdendo condição de reflexão/reflexividade. Consultar, de igual sorte: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 42-51. E, nesse passo, cumpre notar que o problema das sociedades atuais e sua diferenciação funcional é que há uma diferença abismal entre inclusão/exclusão, que acaba bloqueando o acesso de grandes contingentes populacionais à comunicação dos sistemas funcionais. Como diz Müller, o esquema inclusão/exclusão sobrepõe-se como uma superestrutura da sociedade (espécie de metacódigo). Ver: MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 94.

79. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La segurid como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007. p. 314-369.

80. Aqui se apresenta o debate acerca da necessária modernização do Direito Penal. Por todos, ver: GRACIA MARTÍN. Luis. A modernização do Direito penal como exigência da realização do postulado do Estado de Direito (social e democrático). Trad. Érika Mendes de Carvalho. *RBCCrim* 88/195. Também: GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 41 e ss. Na fala de Gracia Martin, o moderno Direito Penal pode ser descrito como o modelo de controle que deriva das novas realidades vivenciadas pela sociedade atual, notadamente pelas inovações tecnológicas e globalização. Consultar, de igual sorte: MENDONZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal em la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p 62-63.

81. No mesmo sentido, ver: SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigencia moral? DONNA, Edgardo Alberto (dir.). *Derecho penal – Obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. Colecciòn de Autores de Derecho Penal, t. II, p. 13-40. Para Schünemann, a contraposição entre Direito Penal clássico (Escola de Frankfurt) e Direito Penal moderno não é suficiente, entendendo que a criminalidade econômica e ambiental (criminalidade da "classe alta") devem ser reguladas pelo Direito Penal, especialmen-

o caráter de *arma política,* na precisa observação de Albrech.[82] Ora, já restou assentado que a modernidade e seu processo de industrialização geram riscos que comprometem a vida em sociedade,[83] forjando uma notável demanda por segurança. Em outros termos, o progresso econômico e tecnológico criaram condições sociais permeadas por incerteza/insegurança, gerando uma obsessão por segurança, que se apresenta de forma independente como um conceito simbólico. Dessa forma, o Direito Penal passa a ser informado pelo *pensamento da eficácia preventiva,*[84] com a finalidade de limitar os riscos, estando, cada vez mais, orientado à vítima.

Assim, o Direito Penal do risco busca a estabilização do sistema social, segundo a teoria da prevenção/integração, tendo a função de estabilizar as expectativas normativas. A pena, nesse contexto, funciona como uma reação à lesão à norma, na missão de garantir a estabilidade do sistema e afirmar a confiança dos cidadãos na fidelidade ao Direito.[85] Abandona-se a orientação tradicional

---

te pelo fato de que a sociedade pós-moderna orienta-se pela "virtude" do mercado (o homem egoísta e irracional), revelando-se insuficiente, segundo o autor, um direito administrativizado (direito de intervenção), como quer Hassemer. Ver. p. 33-36.

82. ALBRECHT, Peter-Alexis. Op. cit., p. 472-474. Para Albrecht, "las reformas de la criminalización son apreciadas en todos los campos políticos en tanto que medio de reafirmación simbólica de valores. También aquellos movimientos políticamente alternativos o anti-estatales que en sus inicios mostraban poca confianza en el Estado y en la Ley figuran hoy entre los propagandistas del Derecho penal y entre los productores activos de leyes (...) El uso político del Derecho penal se presenta como un instrumento de comunicación. El Derecho penal permite trasladar los problemas y conflictos sociales a un tipo de analices especifico Ese empleo político Del Derecho penal no requiere necesariamente la sanción o la reparación simbólica como medio instrumental de disciplina; ni siquiera La ampliación o El endurecimiento efectivo de La ley están unidos forzosamente a La utilización del Derecho penal como medio de comunicación política. La lógica de la utilización política se apoya en la función analítica y categorial característica de discurso penal, puesto que el cumplimiento de esta función no requiere más que la demonstración ejemplar de la actividad de la práxis legislativa y de La justicia penal". Idem, p. 479.

83. SEN, Amartya. *Desigualdade reexamina.* Trad. Ricardo Dominelli Mendes. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2008. p. 147-177.

84. ALBRECHT, Peter-Alexis. Op. cit., p. 474-475.

85. Nesse sentido, cuida-se de um funcionalismo positivista: JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 83-180. Com efeito, Jakobs, que arranca dos postulados sistêmicos de Luhmann, tem que a pena não se destina à proteção de bens jurídicos, senão a manter a vigência das normas penais face às defraudações,

no sentido de que ao sistema penal cumpria a proteção de bens jurídicos (pensamento liberal). Passa-se da proteção de bem jurídico individual à proteção de um sistema frente a situações de perigo. Ampliam-se, de forma demasiada, as possibilidades de intervenção do Direito Penal, levando a uma erosão dos princípios do Direito Penal derivados do estado de direito, alterando o rumo da política criminal.[86] Em uma palavra, o Direito Penal, de forma imprópria, é utilizado para a política social, encobrindo e ocultando as contradições do sistema, notadamente do econômico e social. Com isso, na precisa observação de Albrecht, os problemas sociais se personalizam, logrando escapar de uma imputação política, esquivando-se da intervenção político-estrutural. Dessa forma, os problemas sociais são substituídos pela aplicação individual do Direito Penal.[87]

Passando por alto pela discussão acerca do futuro da teoria do bem jurídico nos contornos da sociedade do risco, em obediência aos limites do presente artigo, opta-se por deixar de abordar a análise crítica da Escola de Frankfurt (Hassemer)[88] e dá-se por consensual que a dogmática jurídica e a política criminal foram influenciadas pelo desenvolvimento da teoria social do risco, tem-

---

estabilizando as expectativas normativas, essenciais à vida em sociedade. Ver, de igual sorte: JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito funcional*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. vol. 6, p. 10-20.

86. Cumpre notar, por relevante, que não se busca deslegitimar o controle penal, tampouco pretende-se negar sua funcionalidade nas sociedades contemporâneas, que, especialmente, pela imensa desigualdade social existentes no plano mundial, não podem prescindir de dita forma de controle social. A crítica, ao contrário, centra-se em uma determinada orientação de política criminal que utiliza o controle penal como *sola ratio*, com finalidades puramente simbólicas, ou seja, com o desiderato de obter ganhos político-eleitoreiros.

87. ALBRECHT, op. cit., p. 478.

88. Ver: HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Maria Del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. p. 42 e ss. Para Hassemer, o Direito Penal deveria estar vocacionado à proteção de bens jurídicos individuais (Direito Penal clássico), pois aí o cidadão não é funcionalizado em ares do Estado, senão que o Estado é quem se funcionaliza a serviço do cidadão. Todavia, na dialética do moderno e sua ideia de prevenção, a proteção de bens jurídicos, segundo o autor, perdeu o caráter negativo, convertendo-se em critério positivo para justificar decisões criminalizadoras, exacerbando o pensamento da prevenção. Ver p. 47-50. Os contornos da atual discussão acerca do teorema do bem jurídico são dados por: HEFENDEHL, Roland et al. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

-se que o Direito Penal perdeu seu caráter fragmentário, convertendo-se em um direito expansivo, acolhendo novos bens jurídicos, adiantando as barreiras entre o comportamento punível e não punível, com a redução das exigências de reprovabilidade (centrado na periculosidade da conduta). É o anúncio, na lente de Prittwitz, da funcionalização do Direito Penal não só em prol da minimização dos riscos, senão também de prometedor da segurança subjetiva, isto é, da preservação simbólica da insegura sociedade do risco.[89] O problema de tal orientação expansiva, conforme Prittwitz, é que se desconsidera que muitos problemas (econômicos, ambientais etc.), que são "generosamente" transpassados para o Direito Penal, não obstante se tenha revelado contraprodutivo, já que não ataca as causas estruturais. Daí o acerto de Prittwitz quando anota, por exemplo, que os danos ambientais têm a ver com um certo sistema econômico de produção e, pois, sistêmico, o que tem conduzido ao fracasso do controle penal.[90] O problema, na fala do penalista alemão,[91] é que a política criminal e o saber criminológico se esqueceram, de "modo escandaloso", de buscar conhecimentos acerca da verdadeira eficácia do controle penal para debelar os riscos modernos, resvalando, operativamente, para um simbolismo negativo (Cancio Meliá).[92]

Portanto, em ares de obsessão por segurança (aventura securitária/sanitarista pós-moderna), o Direito Penal, na ânsia de conceder uma segurança cognitiva, é funcionalizado comunicativamente pela política (fingindo agir sob o manto da legalidade penal). E essa funcionalidade política acarreta uma hipertrofia permanente ao sistema,[93] que, na busca de sua descongestão, acaba seguindo o caminho da desformalização material e processual. Com isso, há uma degradação sistemática das formalidades próprias do Estado de Direito

89. PRITTWITZ, Cornelius. Op. cit., p.249-287.

90. Idem, p. 263-264.

91. Idem, p. 277.

92. Daí o acerto de: CANCIO MELIÁ, Manuel. O estado atual da política criminal e a ciência do direito penal. In: CALLEGARI, André Luís; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel (orgs.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, quando sustenta que as manifestações da expansão do ordenamento jurídico-penal abrangem dois fenômenos: o Direito Penal simbólico ("produzir, frente à opinião pública, a impressão tranquilizadora de um legislador atento de decidido") e o ressurgir do punitivismo (tendência de o legislador lutar contra a criminalidade com incremento das penas). Consultar p. 92-102.

93. Ver: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torre Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 121-150.

(o princípio da causalidade é paradigmático nesse particular) e sua função protetora rumo a um Estado de exceção (Ferrajoli).[94] Com efeito, o estado da arte atual informa que, mesmo com o endurecimento da resposta penal e consequente explosão carcerária,[95] a criminalidade não decresceu. Assim, é precisa a crítica de Albrecht, quando acentua que, por exemplo, os problemas das drogas aumentam, em que pese o contínuo aumento das penas; os perigos naturais crescem por causa dos riscos ambientais, apesar de sua criminalização e conferência de *status* constitucional, culminado na criminalização penal da empresa.[96] Decerto, a ineficácia do sistema penal decorre do fato de que os problemas sistêmicos reclamam decisões que devem ser programas pelo sistema político. Com efeito, a contínua expansão do controle penal impede que dito sistema "aprenda" e seja capaz de evoluir em termos de legalidade. Dito de outro modo, o Direito Penal necessita de um tempo[97] para proceder a uma auto-observação (tempo para aprendizagem) e forjar uma dogmática jurídica orientada pelas consequências, o que não tem sido possível pelo fato de que está exposto a intromissões indevidas de outros sistemas, especialmente o econômico (e seu código do poder) e político. Ora, seguindo os ensinamentos de Luhmann, pode-se referir que, nesse estado de "corrupção sistêmica", o Direito Penal reconhece que não pode resistir à pressão política, simulando que mantém uma legalidade, quando, na verdade, é utilizado como instrumento da pedagogia social e, o que é pior, "permite la subordinación oportunista a las elites capaces de inponerse".[98] Olvida-se a advertência luhmanniana no sentido

94. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria del garantismo penal*. 6. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibánez e outros. 6. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 763-807.

95. Ver: RIVERA BEIRAS, Iñaki. Historia y legitimación del castigo: hacía dónde vamos? In: BERGALLI, Roberto. *Sistema penal y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 83-133.

96. ALBRECHT, Peter-Alexis. Op. cit.,p. 482-483.

97. Ver: OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 378 e ss. Segundo Ost, a urgência, não contente em destruir a ordem jurídica, impede a sua reconstrução, uma vez que, face à urgência e à pressão dos meios de comunicação, legisla-se sem a visão do conjunto, sem filosofia, sem perspectiva, mercê dos interesses opostos dos grupos de pressão. p. 367.

98. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad* cit., p. 136-137. Como diz Luhmann, somente uma certa clausura operativa do sistema do direito impediria que um movimento social ou uma simples campanha dos meios de comunicação de massas pudessem modificar o Direito. O problema é que, nas condições atuais de uma sociedade transparente (Vatimo), os meios de comunicação de massas, mormente a televisão, que seguem orientações econômicas, imprimem uma outra velocidade (acelerada) ao

de que o Direito necessariamente não resolve conflitos, senão que os constrói, bem como de que os problemas sociais e sistêmicos necessitam de decisões programadas politicamente, "mais inteligentes" no dizer de Luhmann.[99]

Nesse entorno de insegurança cognitiva e complexidade de mundo, demarcado por uma intervenção expansivo-preventiva, as reformas de criminalização são apreciadas por todos os campos políticos como forma de reafirmação simbólica de valores e de formação de consenso social.[100] Dessarte, o "uso político" do Direito Penal se apresenta como "instrumento de comunicação", permitindo que se canalize para o sistema penal, de forma específica, problemas e conflitos sociais. Todavia, cuida-se de um instrumento de ocultação dos problemas econômicos e sociais.[101] Dessa forma, a criminalidade e a persecução penal, que não só possuem valor político, transformam-se em produtos aptos a serem comercializados (mercadorias da indústria cultural), de forma espetacular.[102] Como bem diz Bourdieu, a televisão e suas conexões econômicas possuem um alimento predileto: sangue e crime (melodramas do cotidiano).[103] Segue-se a lógica do espetáculo e, na mídia, a controvérsia é reduzida espeta-

---

sistema jurídico, que não consegue impedir que as pressões adentrem ao sistema. Ver p. 150.

99. Idem, p. 216-217.

100. Nesse sentido: ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e de Helena Schiess Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 103 e ss.

101. Conforme: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Los nuevos modelos penales de intervención securitária. In: CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. *Cuestiones de política criminal en los tiempos actuales*. Santiago de Chile: Editorial de Chile, 2009. p. 221. Nas palavras de Díez Ripollés, a ideologia da insegurança cidadã é, em grande medida, uma cortina que vela um conjunto de mal-estar social que há assentado sobre a sociedade atual. Com efeito, segundo Ripollés, a delinquência e seu controle oculta, mediante uma sensível explicação, fenômenos sociais de maior complexidade, muito especialmente o desmantelamento do Estado de bem-estar social e sua substituição por um modelo de bem-estar autoritário. Ver p. 248-249.

102. No pensamento de: CARBONELL, Miguel. *Constitucionalismo y democracia: ensayos críticos*. México: Porrúa, 2004. p. 122, os meios de comunicação, que se relacionam intimamente com o poder político e poder econômico, são forças principais que determinam, em realidade, a conduta dos indivíduos e pressionam os poderes públicos para obterem qualquer tipo de benefícios, nem sempre lícitos.

103. BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Trad. Maria Lucia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997. p. 18-27. Na fala de Bourdieu, "a televisão tem uma espécie de monopólio de fato sobre a formação das cabeças de uma parcela importante da sociedade". Obra referida, p. 23.

cularmente a um nível muito próximo da "tauromaquia" do que da discussão razoável (Garapon). A comunicação, na era da fluidez, converte-se em produto (a própria comunicação!), proporcionando o "barulho que provoca, o dinheiro e poder que ela traz, e não mais a relação entre duas subjetividades através de um código".[104]

Com efeito, na trilha de Albrecht, a dramatização da ameaça da criminalidade transforma-se "em pão do nosso dia a dia", pois, segundo ele, na Alemanha, a cada três minutos, registra-se um delito violento, que é difundido abertamente pelos meios de comunicação, ativando uma política criminal repressiva.[105] Dessa forma, o controle penal, que é utilizado como *prima* ou *sola ratio,* converte-se em uma verdadeira "arma política", ou seja, em um conceito simbólico no sentido negativo,[106] dando vazão, desse modo, a uma política populista de intervenção penal, cuja missão é transmitir à sociedade uma sensação de segurança, instrumentalizando o desviado, que se transforma em um objeto de políticas preventivas, consistindo em uma grave ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.[107]

---

104. GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 80. Nesse passo, Garapon detecta um sério problema: a igualdade não existe na mídia, pois ela oferece prêmios àquele que conta a melhor história, da forma melhor. Daí sua advertência no sentido de que é necessário democratizar a mídia, que somente será verdadeiramente democrática "no dia em que a montagem do programa, a disposição do estúdio, puderem ser debatidas, ou até contestadas". Ver p. 80-81.

105. ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención... cit., p. 479-480.

106. O conceito do Direito Penal simbólico é apresentado por: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbolico e los efectos de la pena. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MARTÍN, Adán Nieto. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 147-172. No artigo, Ripollés ensina que o direito penal e a pena possuem efeitos simbólicos (como secundários), que dizem com a transmissão à sociedade de certas mensagens ou conteúdos valorativos (fator de integração social: funções expressivas, integradoras e instrumentais). O problema do simbolismo negativo é que, somente na ficção, cumprem-se as funções "declaradas pelo direito". De efeito, o simbolismo se caracteriza porque se produzem, através da pena, efeitos sociopessoais expressivo-integradores que carecem de legitimidade, já que não se acomodam nas decisões político-criminais que fundamentam a pena, isto é, não atendem à prevenção de comportamentos delitivos, introduzindo na sociedade uma mensagem distorcida de que algo está sendo feito para solucionar o problema. Ver p. 168-172.

107. ALBRECHT, El derecho penal en la intervención... cit., p. 480.

A opinião da moda, conforme Naucke,[108] segue a lógica de que, na lei penal, tudo é possível, contanto que se alcance certo grau de precisão (positivista), desimportando se é excessiva, bastando que seja minimamente identificável ao asseguramento de um programa de objetivos políticos, não havendo uma discussão sobre a relação entre a lei penal e o que deve ser reconhecido na lei. Na crítica de Naucke, "da prudência das leis não se gosta de falar". E, com a inflação de possibilidades que possui o Direito Penal, o que ocorre sem o respectivo crescimento de uma teoria elaborada sobre a criminalidade, o positivismo jurídico-penal não pensa em uma rígida fronteira entre o falso e o errado e não a estabelece, uma vez que as leis, ainda segundo Naucke, vêm associadas por uma coação contundente, sem o devido fundamento, com o degeneramento da lei penal, sobrecarregando-a de "elementos políticos".[109]

No limite, o controle penal na sociedade moderna, impregnada pelas ideias básicas de individualismo e economia de mercado, é funcionalizado como instrumento de política proativa, esquecendo-se de que, com ele, não se pode conseguir a "prevenção do injusto estrutural, senão só a manifestação do direito intersubjetivo".[110] E, como consequência a tais manifestações legislativas, o Direito Penal do risco pode ser caracterizado pela utilização simbólica de leis penais, dotadas de uma seletividade paradoxal e processos espetaculares com lamentáveis resultados em termos de eficácia, descaracterizando o princípio da legalidade penal.[111]

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modo de concluir, pode-se afirmar que o fenômeno da expansão do Direito Penal é fato incontroverso na contemporânea sociedade do risco e do signo da pós-modernidade. E, para dita expansão, concorrem diversos fatores, que

108. NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (org). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 531-549.

109. Idem, p. 549.

110. HERZOG, Felix. Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MARTÍN, Adán Nieto. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Trad. Eduardo Demetrio Crespo. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 249-258.

111. A conclusão é de: HERZOG, Felix. Op. cit., p. 256.

vão desde o surgimento de novos perigos (insegurança objetiva) e bens jurídicos até o sentimento de inseguridade subjetiva (medo do crime). De outro lado, tem-se que o *mass midia*, que tem o crime-mercadoria (espetáculo midiático ou "pornografia", na linguagem de Loïc Wacquant), assumiu completo protagonismo na política criminal e elaboração das leis penais e constitui-se no agente social mais hábil para formar "consensos sociais". Todavia, a questão dramática é que a mídia explora a delinquência de forma sensacionalista, abordando, portanto, a questão de maneira superficial e simplificadora, retroalimentando o círculo vicioso do medo líquido e a repressão penal expressiva, com graves prejuízos ao princípio constitucional da legalidade e seus subprincípios, especialmente da *ultima ratio* e da fragmentariedade.

Portanto, a política criminal engendrada na sociedade do espetáculo, que subsume, na sua totalidade, a lógica mercadológica, notadamente a desgraça criminológica, como não poderia ser diferente, é o "espetáculo do Direito Penal" ou populismo punitivo, pois o controle penal passa a governar a sociedade, numa completa desfuncionalidade, pois se converteu em *prima ratio* no combate ao risco, que, na modernidade, é produto humano, ou seja, diz com a tecnologia e com o contexto de opções políticas e econômicas. O Direito Penal resta corrompido nas suas funções (*alopoiesis* do controle penal), uma vez que é funcionalizado em termos simbólicos, com o desiderato de angariar lealdade popular. Todavia, a situação atual cobra uma discussão séria sobre os limites do crescimento do sistema formal do controle do crime. Com bem diz Christie, "pensamentos, valores, ética – e não o impulso industrial – devem determinar os limites do controle". Mais adiante, vaticina com total acerto: "Os maiores perigos do crime nas sociedades modernas não vêm dos próprios crimes, mas do fato de que a luta contra eles pode levar as sociedades a governos totalitários".[112]

5. REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e de Helena Schiess Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. El derecho penal en la intervención de la política populista reflexiones sobre la razón y limites de los princípios limitadores del derecho penal. Instituto de ciencias criminales de Frankfurt. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

112. CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Trad. Luis Leria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 4-5.

AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir. *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Trad. Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BARATA, Francesc. Los mass media y el pensamiento criminológico. In: BERGALLI, Roberto (coord.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

_____. *Miedo líquido: la sociedad contemporánea y sus temores*. Trad. Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós, 2007.

_____. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. Reivindicação da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anyhony; BECK, Ulrich; LASCH, Scott (orgs.). *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997.

_____. *La sociedad del riesgo: hacia uma nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2006.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Trad. Maria Lucia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerários de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas. In: FARALDO CABANA, Patricia (dir.); BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel; PUENTE ABA, Luz María (coord.). *Nuevos retos del derecho penal em la era de la globalización*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBEL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANCIO MELIÁ, Manuel. O estado atual da política criminal e a ciência do direito penal. Trad. André Luís Callegari e outros. In: CALLEGARI, André Luís; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel (orgs.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado*. Trad. Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARBONELL, Miguel. *Constitucionalismo y democracia: ensayos críticos*. México: Porrúa, 2004.

CASTEL, Robert. *La inseguridad social: qué es estar protegido*. Trad. Viviana Ackerman. Buenos Aires: Manantial SRL, 2004.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madri: Iustel, 2007.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Trad. Luis Leria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: Postfordismo y control de la multitud*. Trad. José Ángel Brandariz García e Hermán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006.

_____. *Tolerancia cero: estratégias y prácticas de la sociedad de control*. Trad. Iñaki Rivera y Marta Monclús. Barcelona: Virus Editorial, 2005.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo: comentários sobre a sociedade do espetáculo*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. Peter Pal Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 2008.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbolico e los efectos de la pena. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MARTÍN, Adán Nieto. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

_____. Los nuevos modelos penales de intervención securitária. In: CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. *Cuestiones de política criminal en los tiempos actuales*. Santiago de Chile: Editorial de Chile, 2009.

_____. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2007.

_____. *La racionalidad de las Leyes Penales*. Madrid: Trotta, 2003.

DONINI, Massimo. Derecho penal de lucha: lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no deve limitarse a exorcizar. Trad. Pablo Guérez Tricarico. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura. *Política criminal em vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Navarra: Thomson Civitas, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria del garantismo penal*. 6. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibánez e outros. Madrid: Trotta, 2004.

FIGUEIREDO, Frederico. Política criminal populista: para uma crítica do direito penal instrumental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 70. p. 100-132. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2008.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

_____. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 29. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2004.

FUENTES, Francisco Maldonado. Derecho penal excepcional y delincuencia. Reflexiones sobre la extensión y alcances de los nuevos modelos de legislación penal. In: COLLAO, Luis Rodríguez (org.) *Delito, pena y proceso: livro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. 3. ed. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2003.

_____; BECK, Ulrich; LASCH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997.

GONZÁLES, Carlos J. Suarez. Derecho penal y riesgos tecnolóligos. In: ZAPATERO, Luiz Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTIN, Adán Nieto (orgs.). *Crítica y justificación del derecho penal em el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones de la Univesidad de Castilla-La Macha, 2003.

GRACIA MARTÍN, Luis. A modernização do direito penal como exigência da realização do postulado do Estado de Direito (social e democrático). Trad. Érika Mendes de Carvalho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 88. p. 95-142. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2011.

_____. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

HABERMAS, Jünger. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Trad. Alcira Bixio. Barcelona: Paidós, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Maria Del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

HEFENDEHL, Roland et al. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*? Madrid: Marcial Pons, 2007.

HERZOG, Felix. Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MARTÍN, Adán Nieto. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Trad. Eduardo Demetrio Crespo. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

_____; *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito funcional.* Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. vol. 6.

_____; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas.* 3. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JAMESON, Fredric. *Uma modernidad singular: ensayo sobre la ontologia del presente.* Trad. Horacio Pons. Barcelona: Gedisa, 2004.

JONES, Richard. Digital rule: punishment, control and technology. *Journal Punishment and Society.* vol. 2. n. 1. London, jan. 2000.

LACLAU, Ernesto. Populismo: qué nos dice el nombre. In: PANIZZA, Francisco (org.). *El populismo como espejo de la democracia.* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

_____. *La razón populista.* Trad. Soledad Laclau. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.

LARRAURI, Elena. Populismo punitivo y cómo resistirlo. *Jueces pera la Democracia.* n. 55. p. 15-22. Madrid, mar. 2006.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006.

_____. *Sociologia del riesgo.* 3. ed. Trad. Silvia Pappe, Bruhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Universidade Iberoamericana, 2006.

MENDONZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal em la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas, 2001.

_____. Gestion del riesgo y política criminal de seguridad em la sociedad del riesgo. In: AGRA, Cândido da; LUIS DOMÍNGUEZ, José; GARCÍA AMADO, Juan Antonio, HEBBERECHT, Patrick; RECASENS, Amadeu. *La seguridad em la sociedad del riesgo:* un debate abierto. Barcelona: Atelier, 2003.

MOUFFE, Chantal. El 'fin de la política' y el desafio del populismo de derecha. In: PANIZZA, Francisco (org.). *El populismo como espejo de la democracia.* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo: a questão fundamental da democracia.* 3. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. In: CASABONA, Carlos Maria Romeu (org.) *La insostenible situación del derecho penal.* Granada: Comares, 2000.

NEGRI, Antonio. *La forma-estado.* Trad. Raúl Sánchez Cedillo. Madrid: Akal, 2003.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PALAZZO, Francesco. Medios de comunicación y justicia penal. In: ROMEU CASABONA, Carlos María; SANCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme (orgs.). *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. Granada: Comares, 2010.

PALIDDA, Salvatore. La revolución policial. In: PUENTE ABA, Luz María; BARBEITO, Mónica Zapico; MORO, Luis Rodrigues (orgs.) *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*. Trad. José Ángel Brandariz García e José Antonio Ramos Vázquez. Granada: Comares, 2008.

PANIZZA, Francisco et al. *El populismo como espejo de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La segurid como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y derecho penal. In: ZAPATERO, Luiz Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTIN, Adán Nieto (orgs.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Trad. Adán Nieto Martín e Eduardo Demétrio Crespo. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilha-La Mancha, 2003.

REYES, Oscar. Conservadorismo *skinhead:* un proyecto populista fallido. In: PANIZZA, Francisco. *El populismo como espejo de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2009.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. Historia y legitimación del castigo: hacía dónde vamos? In: BERGALLI, Roberto. *Sistema penal y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. Alarma social y derecho penal. In: ROMEU CASABONA, Carlos María; SANCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme (orgs.). *La adaptación del derecho penal al desarollo social y tecnologico*. Granada: Comares, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigencia moral? DONNA, Edgardo Alberto (dir.). *Derecho penal – Obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. Coleccíon de Autores de Derecho Penal, t. II.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexamina*. Trad. Ricardo Dominelli Mendes. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2010.

_____. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002. vol 11.

VATTIMO, Gianni. *La sociedad transparente*. Trad. Teresa Oñate. Barcelona: Paidós, 2004.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAPATERO, Luiz Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTÍN, Adán Nieto. *Crítica y justificación del derecho penal em el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones de la Univesidad de Castilla-La Macha, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A sociedade do risco e a (in)eficiência da expansão do direito penal como forma de diminuição da criminalidade na era globalizada, de Jardel Sabino de Deus – *RT* 891/477;
- Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva – *RBCCrim* 46/73;
- Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco, de Pierpaolo Cruz Bottini – *RBCCrim* 61/44; e
- O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal, de Cornelius Prittwitz – *RBCCrim* 47/31.

1 SURGIMENTO E CRÍTICA DO MODELO AMERICANO DE PRISÃO *SUPERMAX*

The rise and criticism of the american supermax prison model

ALCIDES MARQUES PORTO PACHECO

Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente trabalho busca analisar o surgimento do modelo prisional de segurança máxima especial, também denominado de *supermax prison* (*super-maximum security prison*), o qual, surgido nos Estados Unidos, vem se espalhando pelo mundo, chegando, no Brasil, por exemplo, em 2006 (Presídio Federal de Catanduvas/PR). Tendo isto por base, tentou-se trazer os fatos históricos que levaram a sua criação no país de origem (especialmente os que envolvem a desordem dos presídios), bem como os principais argumentos de crítica e sustento de suas práticas de controle.

PALAVRAS-CHAVE: Prisões *supermax* - Prisões de segurança máxima especial - História prisional - Crítica.

ABSTRACT: The present article aims to analyze the emergence of the special maximum security prison model, known as *supermax prison* (super-maximum security prison), founded in the United States and spreading around the world, arriving in Brazil in 2006 (Catanduvas Federal Prison/State of Parana). Taking this as the base, an effort was made to bring the historical facts leading to its creation in the country of origin, (especially those involving the prison disorder) and the main arguments of criticism and those in favor of its control practices.

KEYWORDS: Supermax prison - Special maximum security prison - Prison history - Criticism.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Incidentes geradores da ideia de adoção de presídios de segurança máxima especial - 3. Adoção e críticas ao modelo de prisão *supermax* - 4. Considerações finais - 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

As políticas públicas que regulam os delitos e os castigos sempre invocam e expressam uma gama de sentimentos. Ao longo do tempo em que predominava o complexo *penal-welfare*,[1] o discurso dominante das autoridades era a confiança no progresso da luta contra o delito e a racionalização da justiça penal. O sentimento invocado para justificar as reformas penais, na maioria dos casos, era um sentimento progressista de justiça, uma evocação da dignidade, humanidade e compaixão pelas necessidades e pelos direitos dos menos afortunados,[2] fato que embasava as políticas penitenciárias norte-americanas referidas em seus primórdios, perdurando sua dominância até meados dos anos 60.

No entanto, a penologia norte-americana, durante os anos de 1970 e 1980, passou por uma série de alterações ideológicas, sendo que estas participam de um projeto mais amplo de câmbio social e de políticas estatais relacionadas ao controle penal.[3] Esta virada respondeu a múltiplas e diferentes situações,

---

1. Como lembra: MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 141-142, nos Estados Unidos, nos anos de 1950 a 1970, a ideologia que fundamentava a penologia era a ideologia do "tratamento", a qual ditava o conteúdo e mesmo a duração das penas privativas de liberdade, através da introdução de programas para a "ressocialização" do preso, sendo que, eventualmente, a denominação destes foi sendo substituída para correção, melhora ou reeducação do indivíduo, o que explica a expressão utilizada no texto deste trabalho, complexo *penal-welfare* (literalmente, o complexo penal/bem-estar).
2. GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 44.
3. Esta alteração na sociedade norte-americana faz parte de uma maior, ocorrida em âmbito internacional, tendo, conforme: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Visões da sociedade punitiva: elementos para uma sociologia do controle penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 45-46, as seguintes características: "crise da capacidade regulatória e dos mecanismos de decisão e gerenciamento do Estado-Nação; surgimento de novos movimentos sociais, cujas identidades vão ser constituídas fora dos esquematismos de classe, cada vez mais heterogêneos; complexificação das relações, interfaces e atividades desenvolvidas na esfera pública e privada; transbordamento da sociedade civil em relação ao espaço estatal tradicionalmente ocupado pelos partidos políticos, que perdem capacidade de representação de interesses frente a demandas de resposta à crise do Estado; desenvolvimento de amplos sistemas de informação e supervisão social; autonomia crescente do mercado sobre critérios de controle político e social; poderio militar concentrado nas mãos de uma única potência bélica".

que não eram reduzíveis a uma só ideia. O surgimento desta nova penologia[4] do controle do risco,[5] nos Estados Unidos, não significou o desaparecimento da ideia de vingança,[6] ou mesmo de todos os programas de reabilitação dos condenados, mas, que estes já não são mais o principal fundamento do sistema punitivo. No lugar das alterações tradicionais nas políticas punitivas, emergiu a sensação alarmante de desestruturação de uma trama conceitual que havia afetado as instituições de controle social até então.[7]

Nesse contexto, há uma dramatização do crime. A imagem comum vinculada ao *welferismo*, do delinquente como sujeito necessitado e desfavorecido, merecedor de ajuda, desaparece quase que completamente. Em câmbio, as

4. Como lembra: FEELEY, Malcolm; SIMON; Jonathan. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, n. 4, vol. 30, p. 452, esta nova penologia diz respeito mais ao foco em determinados problemas e o compartilhamento de algumas ações de controle social do que em uma integração conceitual comum. Busca uma racionalidade de sistematicidade e racionalidade através da promoção da classificação dos mais perigosos e dos menos, separando e controlando-os.

5. Para a explicação do significado do "risco" aduzido neste ponto do trabalho, é de se lembrar a construção de: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansíon del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. rev. e ampl. Madrid: Civitas, 2001. p. 26-28, ao dissertar que "é lugar comum caracterizar o modelo pós-industrial em que vivemos como sociedade do risco, ou sociedade de riscos (*Risikogesellschaft*). Em efeito, a sociedade atual aparece caracterizada, basicamente, por um marco econômico rapidamente cambiante e pela aparição de avanços tecnológicos sem precedentes em toda a história da humanidade. O extraordinário desenvolvimento que a técnica teve e continua tendo, obviamente, repercussões diretas no incremento do bem estar individual. (...) Convém não ignorar as consequências negativas. Dentre elas, a que interessa ressaltar é a configuração do risco de procedência humana como fenômeno social estrutural. (...) riscos mais ou menos diretos para os cidadãos (como consumidores, usuários, beneficiários de prestações públicas etc.) que derivam das aplicações técnicas dos desenvolvimentos industriais, da biologia, da genética, da energia nuclear, da informática, das comunicações etc., mas também, porque a sociedade tecnológica, crescentemente competitiva, leva a marginalidade não poucos indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte dos riscos pessoais e patrimoniais".

6. Não se faz mais referência à vingança individual que é exercida pelo Estado, mas, a uma retórica recorrente que acompanha a legislação e a jurisprudência penal. São invocados, frequentemente, o sentimento da vítima, da família ou mesmo do público temeroso e indignado, para apoiar as novas políticas penais (GARLAND, David. Op. cit., p. 43).

7. Idem, p. 22-36.

imagens conjuradas tendem a ser descrições estereotipadas de jovens ingovernáveis, predadores perigosos e delinquentes de carreira incorrigíveis. Acompanhando esta imagem projetada e como uma resposta retórica a ela, o discurso político criminal invoca sistematicamente um público cheio de ira, cansado de viver com temor, que exige medidas fortes de castigo e proteção. O sentimento que atravessa a política criminal é, com maior frequência, um enjoo coletivo e uma exigência de retribuição e contenção, no lugar do compromisso pela busca de uma solução justa, de caráter social.[8] A preocupação com o delinquente é deixada de lado, frente ao sentimento de crescimento da criminalidade, sendo os políticos de todos os partidos encorajados a tomar medidas firmes, não desprovidas de conotações populistas, causando o fim das ideologias de direita e esquerda no que diz respeito a repressão penal num processo mais amplo e mais contraditório.[9] Zimring descreve esta alternância como a passagem do "prendam-nos" para o "joguem a chave fora".[10]

Neste momento, o encarceramento maciço e uma generalizada cultural do controle tomam o lugar das ideologias correicionalistas. Era diminuída a preocupação com a responsabilidade, a moral, os diagnósticos, ou com as técnicas de tratamento para, em substituição, buscar-se formas de gerência e classificação de grupos. É dada, para tanto, atenção a eficácia do controle dos sistemas internos do campo penal (como na prisão) mediante a utilização de novas tecnologias ligadas diretamente ao aparato burocrático.[11] Fala-se na "necessidade da remoção das 'ervas daninhas' de nosso quintal"[12] como forma de ilustrar a tomada de posição das ações de controle social.

A visão é que a prisão funciona, mas não como mecanismo de reforma ou ressocialização, mas como meio de incapacitação e castigo que satisfaz a demanda política e popular de retribuição e segurança pública. Passa-se de uma instituição construída sobre as bases de fins utópicos e tentativas periódicas de reinvenção, sempre em busca desses fins, para a redução drástica ao intento

8. Idem, p. 45.

9. GARLAND, David. Contradições da sociedade punitiva: o caso britânico. *Revista de Sociologia e Política* 13/60.

10. ZIMRING, Franklin E. Imprisonment rates and the new politics of criminal punishment. In: GARLAND, David. *Mass imprisonment. Social causes and consequences*. London: Sage, 2001. p. 146.

11. FEELEY, Malcolm; SIMON; Jonathan. Op. cit., p. 451-452.

12. MAUER, Marc. The causes and consequences of prison growth in the United States. In: GARLAND, David. *Mass imprisonment. Social causes and consequences*. London: Sage, 2001. p. 12.

de incapacitação e mero castigo.[13] É frente a este quadro que o medo do crime pode ser tido como uma das principais preocupações políticas, nos Estados Unidos, transformando a busca por soluções repressivas uma prioridade máxima.[14] Tal esforço não diz respeito ao aumento da segurança em um nível abstrato, mas a evitar os riscos representados pelas questões de controle penal.[15]

Assim, nesses circuitos de exclusão, o papel das instituições de custódia é redefinido, passando a ser entendido e classificado não em termos de seu potencial reformador, mas como formas de contenção segura dos riscos. Nessa visão, parece que as regras convencionais de direito não são mais aplicadas a estes indivíduos, que são considerados predadores que não se conformam nos modelos legais e subjetivos, não sendo merecedores de cuidado por parte do Estado.[16]

Desta forma, vê-se o vínculo direto do relatado até o momento com a própria formação das penitenciárias de segurança-máxima especial, pois, a ideia principal que está por traz delas é que os internos, a prisão em si, e o sistema penitenciário, do qual ambos fazem parte, irá funcionar melhor se os membros mais problemáticos forem isolados do contato uns com os outros, bem como do resto do corpo de prisioneiros.[17] Como lembra Rhodes, é um sistema sofisticado de controle, que inclui uma forma panóptica de vigilância, mantendo o contato

13. GARLAND, David. *La cultura del control...* cit. p. 51.

14. BECKETT, Katherine; WESTERN, Bruce. Governing social marginality: welfare, incarceration, and the transformation of state policy. In: GARLAND, David. *Mass imprisonment. Social causes and consequences*. London: Sage, 2001. p. 38.

15. SIMON, Jonathan. Fear of loathing in late modernity. Reflections on the cultural sources of mass imprisonment in the United States. In: GARLAND, David. *Mass imprisonment. Social causes and consequences*. London: Sage, 2001. p. 15-16.

16. ROSE, Nikolas. Government and control. In: GARLAND, David; SPARKS, Richard. *Criminology and social theory*. New York: Oxford, 2000. p. 200. Esta caracterização não passa longe do que foi descrito quanto à pluralidade de ideias que embasam as formas de controle social contemporâneas. Desta forma, sendo os Estados Unidos um país de tradição liberal, e por força desta citada "retirada" da possibilidade de exercício de direitos por parte dos presos, imperativo relacioná-la ao descrito por: KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. p. 178, que sustentava que, quem cometesse um crime, por ser este ato contra a segurança jurídica de todos, fica impossibilitado (por incidência da Lei de Talião) de invocar as garantias de seus direitos para a sua segurança.

17. WARD, David A.; WERLICH, Thomas G. Alcatraz and Marion: Evaluating super-maximum custody. *Punishment and Society*, vol. 5, n. 53, p. 55.

humano em um nível quase que inexistente.[18] Mas, ao contrário da ideologia aplicada no Panóptico de Bentham, as prisões *supermax*[19] atuais utilizam-se da lógica da exclusão. A lógica é baseada, em parte, no sistema pensilvânico, onde a arquitetura busca o isolamento dos internos em pequenas celas individuais, com o ambiente geral altamente controlado.[20] Os que propõem esta "nova" modalidade de prisão asseveram que a "dureza" da população carcerária, o aumento da atividade das facções e as demais dificuldades associadas à manutenção da ordem, exigem a existência do *supermax*.[21] Os prisioneiros destas instituições são encarcerados, portanto, com o único propósito de afastamento, não sendo guardado qualquer lugar para eles na sociedade. Esta forma de exclusão trata os prisioneiros como uma massa uniforme através de suas técnicas.[22]

2. INCIDENTES GERADORES DA IDEIA DE ADOÇÃO DE PRESÍDIOS DE SEGURANÇA MÁXIMA ESPECIAL

Mesmo que as raízes das penitenciárias de segurança máxima especial possam ser rastreadas até os sistemas mais remotos de controle social, é Alcatraz (sendo iniciado o seu funcionamento em 1934)[23] que deve ser considerada o primeiro passo em direção ao desenvolvimento do que atualmente é denominado *supermax*, por força de sua decisão de concentrar, em uma mesma unidade, diversos prisioneiros considerados de alta periculosidade, não buscando a ressocialização do delinquente por meio do isolamento, mas a sua mera anulação.[24]

---

18. RHODES, Lorna A. Changing the subject: conversation in supermax. *Cultural Antropology*, vol. 20, n. 3, p. 388.
19. Esta denominação seria uma espécie de contração de *super-maximum security prison*, denominação normalmente dada aos presídios de segurança máxima especial (*special maximum-security prison*), nos Estados Unidos (LIPPKE, Richard L. Against supermax. *Journal of Applied Philosophy*, vol. 21, n. 2, p. 109).
20. WARD, David A.; WERLICH, Thomas G. Op. cit., p. 55.
21. RIVELAND, Chase. *Supermax prisons: overview and general considerations*. Washington: National Institute of Corrections, 1999. p. 153.
22. RHODES, Lorna A. Supermax as a technology of punishment. *Social Research*, vol. 74, n. 2, p. 558.
23. Interessante lembrar que Alcatraz, antes de servir como penitenciária, era uma prisão militar na Baia de São Francisco (KING, Roy D. The rise and rise of supermax: an American solution in search of a problem? *Punishment and Society*, vol. 1, n. 163, p. 166).
24. MEARS, Daniel P.; REISIG, Michael D. The theory and practice of supermax prisons. *Punishment and Society*, vol. 8, n. 33, p. 34.

Por força disto, confinou-se um grande grupo de gângsteres, incluindo John Dillinger, "Machine Gun Kelly", "Pretty Boy" Floyd, o Barker-Karpis *mob* e, especialmente, Al Capone. Alcatraz procurava representar um poderoso símbolo das consequências das ações dos criminosos, e não como instrumento de controle de presos considerados pela administração penitenciária como desordeiros.[25] A Rocha (como também era conhecido este estabelecimento) era uma prisão muito pequena, que era mantida sob controle rígido por uma grande quantidade de agentes. Não havia professores, assistentes sociais ou psicólogos entre os membros da equipe dirigente. A única atividade permitida era o trabalho, que deveria ser "merecido" pelo interno. Os prisioneiros que tentassem fugir, matar outro interno ou um agente penitenciário, bem como agredir qualquer pessoa, poderiam ser confinados em uma cela de isolamento, sendo mantidos lá por meses. O contato com o mundo exterior era quase que inexistente, limitando-se, na maior parte dos casos, a cartas censuradas, por parte dos parentes.[26]

Contudo, mesmo que alguns autores refiram que o primeiro modelo dessas prisões corresponda ao de Alcatraz, parece mais razoável datar a sua origem em 1983, com o presídio de Marion. Isto ocorre porque, mesmo Alcatraz não disponibilizando programas de reabilitação, educação, instrução religiosa, recreação semanal, jornais ou mesmo rádios, que as visitas fossem restritas e que dependessem do merecimento do preso, podendo ser suspensas por medidas disciplinares, que fosse adotado o sistema de concentração dos presos considerados problemáticos em uma só instituição, ainda assim, a prisão não possuía uma série de características comuns entre as *supermax*. Nesta medida, a comunicação entre os presos era relativamente fácil, por força da forma das galerias, era permitida a convivência nos jardins nos fins de semana, bem como a possibilidade de realização de trabalhos coletivos.[27]

De qualquer forma, na década de 50, criminólogos e outros teóricos sustentavam ideias novas, as quais davam ênfase ao potencial reabilitador que deveria ter a prisão. Desta forma, Alcatraz passou a sofrer constantes ataques de índole correicionalista. O encarceramento sob condições tão severas, bem como o isolamento do preso do resto da sociedade, levaram a visão de que este estabelecimento prisional era contraprodutivo. Tal situação levou, em 1963,

25. WARD, David A.; WERLICH, Thomas G. Op. cit., p. 55.

26. Idem, ibidem.

27. KING, Roy D. Op. cit., p. 166.

ao fechamento desta penitenciária,[28] na medida em que o *Federal Bureau of Prisons* compartilhava desta ideologia.[29]

Por esta razão, os seus internos foram transferidos para outras localidades, como a de Leavenworth, de Atlanta, de Lewinsburg e Lompoc.[30] Estas serviram como locais temporários de passagem dos presos. Os internos de tais penitenciárias viviam em um grande bloco em que se situavam suas celas, que poderia ter cinco ou seis andares de altura. Os homens dormiam em suas celas, mas lhes era permitido que transitassem pelos corredores durante o dia, constituindo estes locais comuns um meio de convivência entre os internos.[31]

Nessa época, o projeto pseudorreabilitador (e, ainda neste tópico, ficará evidente a contradição de meios e fins do mesmo) dos presos toma força, pensando-se que, se fossem empregados corretamente os devidos tratamentos penitenciários, não seria necessário a adoção, novamente, do sistema de concentração de presos considerados perigosos ou problemáticos. Contudo, tal era feito por meios extremamente controversos: lavagem cerebral, privação sensorial, medicação e isolamento prolongado. Para tanto, Edgar Schein, professor de psicologia em *Massachusetts Institute of Tecnology*, ajudou a desenvolver os programas de modificação do comportamento, sendo que a especialidade deste professor era lavagem cerebral nos regimes totalitários, sendo que a intenção declarada era, literalmente, buscar uma cura para os delinquentes, mesmo que por meios que mais se assemelhavam a tortura.[32]

---

28. WARD, David A.; WERLICH, Thomas G. Op. cit., p. 56.

29. KING, Roy D. Op. cit., p. 166.

30. Como aponta BOSWORTH, Mary. Creating the responsible prisioner: federal admission and orientation packs. *Punishment and Society* 9/69, mesmo que a taxa de encarceramento, entre as décadas de 40 e 80, tenha permanecido quase que estática, o número de prisões federais quase que dobrou, passando de 24 estabelecimentos para 44.

31. RICHARDS, Stephen C. USP Marion: The first federal supermax. *The Prison Journal*, vol. 88, n. 6, p. 9.

32. GOMÈZ, Alan Eladio. Resisting living death at Marion Federal Penitentiary, 1972. *Radical History Review* 96/62. Conforme este autor, em abril de 1961, Schein apresentou um trabalho intitulado "homem contra homem: lavagem cerebral", para os administradores do sistema penitenciário dos Estados Unidos. O psicólogo argumentou que para provocar a alteração do comportamento dos presos, é necessário enfraquecer os velhos suportes de padrões de comportamento e as antigas atitudes. Estas técnicas incluíam isolamento para enfraquecimento emocional, segregação dos líderes e o uso corporativo dos prisioneiros em seus lugares, proibição de atividades em grupo que não estivessem relacionadas a lavagem cerebral, espionagem sobre os prisioneiros e relatórios sobre informações privadas, enganar os presos escrevendo

Quando os presos chegavam à penitenciária de Marion,[33] recebiam um documento com 22 páginas, produzido, conjuntamente, por um conselho de internos e por membros da equipe dirigente. Tal folheto continha fotos de membros chave do *staff* penitenciário e de ilustrações das atividades dos detentos. Mesmo não tendo qualquer norma formal, o livro apresentava a linha mestra dos procedimentos na penitenciária, buscando facilitar a relação diária entre todos os envolvidos nesta instituição total.[34] Os prisioneiros eram, assim, lembrados e "ajudados" a manter a ordem pela cooperação, autocontrole e obediência.[35]

A citada dispersão dos presos (para os presídios de Leavenworth, de Atlanta, de Lewinsburg, Lompoc e Marion) não foi aleatória, mas seguiu padrões específicos. Dentro deste ideal, optou-se por dividir os internos através de critérios de etnia, facilitando a sua ambientação nas instituições. Esta política foi

---

depoimentos falsos de outros internos e mostrando para eles, desorganizando todos as práticas de grupos, bem como outras práticas pontuais.

33. Esta prisão, quando iniciou o seu funcionamento, em 1963, visava receber os presos de Alcatraz, mas, na ocasião do fechamento desta última, ainda não estava completamente terminada a construção, estando em condições de utilização apenas duas galerias. Por força disto, os internos da Rocha foram transferidos para outras instituições, ficando apenas uma pequena parte destes confinados na prisão federal em análise (RICHARDS, Stephen C. Op. cit., p. 9). Mesmo neste estado, ela contava com todo o pessoal técnico que o pensamento correicionalista exigia (assistentes sociais, psicólogos, professores e especialistas em recreação e vocação). A capacidade de aconselhamento abarcava oportunidades de educação, de melhoramento de habilidades de trabalho e outros programas, que eram compartilhados por todas as penitenciárias federais (WARD, David A.; WERLICH, Thomas G. Op. cit., p. 56), recebendo estes profissionais a incumbência de cuidar de apenas 10 internos, que era a população total da penitenciária quando de sua abertura (KING, Roy D. Op. cit., p. 166).

34. Novamente é utilizada, aqui, a nomenclatura consagrada por: GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira. São Paulo: Perspectiva, 2001. p. 11-16, quando define instituição total como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada. O seu fechamento, ou caráter total, é simbolizado pela barreira à relação social com o mundo exterior e por proibições à saída que, muitas vezes, estão incluídas no esquema físico. Como a formação do conceito de instituição total é através de um tipo ideal, a falta de alguns elementos associados a ele não fazem perder sua validade, na medida em que buscam uma caracterização geral que somente toma corpo em contato com o que é concreto e que, por sua vez, excede o abstrato da formulação conceitual.

35. BOSWORTH, Mary. Op. cit., p. 70.

combinada com o início da grande "guerra contra as drogas" (*war on drugs*), que mudou por completo a política criminal norte americana, ou seja, houve o aumento da população carcerária condenada pelos crimes relacionados ao tráfico de drogas. As gangues de dentro das prisões começaram a ganhar força, aumentando a violência interna dos estabelecimentos. No início dos anos 70, os grupos mais poderosos (Mexicanos, a Máfia, *Nuestra Familia*, *Black Guerrilha Family* e a Irmandade Ariana) estavam lutando pela afirmação e expansão de seu controle no tráfico de drogas nas prisões, das extorsões e pelo contrabando. Esta mudança é tida, mesmo, como o efeito paradoxal da reforma correicionalista americana,[36] até porque, como grupos com funções organizadas, as gangues tinham a capacidade de desafiar as autoridades que controlavam as instituições.[37] Ademais, com o aumento do tráfico de drogas nas prisões americanas e do nível de violência de seus internos, houve a divisão destes em facções que passaram a se enfrentar dentro dos próprios presídios americanos, especialmente nos anos 70. Em muitas prisões, os indivíduos que não pertencessem a uma facção eram ameaçados.[38]

No entanto, seria simplista relacionar os conflitos entre presos e equipe dirigente apenas à ação violenta por parte dos primeiros. A brutalidade dos guardas, as detenções arbitrárias no "buraco" (cela para cumprimento de sanção disciplinar onde não havia qualquer iluminação), cuidados inadequados com a saúde, sentenças indeterminadas por força de influência étnica e o impedimento do acesso dos presos a materiais jurídicos e jornalísticos, também provocou a mobilização dos presos, para resistência, entre as décadas de 60 e 70.[39]

Em Leavenworth, um grupo multirracial formado por *Chicanos*, Porto Riquenhos, Muçulmanos, membros da *Black Libertation Army of New Afrika*, e os americanos nativos começaram a trabalhar conjuntamente. Entre fevereiro e outubro de 1970, os internos que estavam lendo material considerado revolucionário e se encontrando clandestinamente para discutir suas experiências passaram a se organizar, em especial para a feitura de greves, o que passou a ser ação central na resistência dos prisioneiros à administração penitenciária. Estes esforços atingiam múltiplas frentes, sendo que passaram, até mesmo, a ter influência extramuros.[40]

---

36. WARD, David A.; WERLICH, Thomas G. Op. cit., p. 56-57.
37. KAMEL, Rachael; KERNESS, Bonnie. *The prison inside prison: control units, supermax prisons, and devices of torture*. Philadelphia: AFSC, 2003. p. 6.
38. WARD, David A.; WERLICH, Thomas G. Op. cit., p. 57.
39. GOMÈZ, Alan Eladio. Op. cit., p. 65.
40. Idem, p. 68.

A razão para a transferência em massa de Leavenwoth para Marion foi uma greve geral realizada pelos detentos em 31.03.1972. Uma coalizão com a participação de diversas etnias fechou completamente a produção das indústrias situadas nestes estabelecimentos. Este ato resultou no isolamento completo dos presos por sete dias. Os supostos líderes foram enviados para as unidades de contenção para o cumprimento do resto de suas penas. Como resposta à ação dos presos, as autoridades colocaram contêineres de gás dentro dos blocos de celas. A primeira vítima foi Andres Cordero, que ficou imediatamente doente e começou a ter hemorragias. Os detentos logo iniciaram a bater nas paredes para chamar ajuda, mas quanto mais se movimentavam, mais gás era colocado no interior do bloco. Nove dias após a greve, as autoridades transferiram 64 presos de Leavenworth. Alguns poucos foram mandados para a unidade médica em Springfield, Illinois, enquanto que a maioria foi enviada para Marion. Já na chegada nesta ultima localidade, todos os presos foram levados para o isolamento celular. Os advindos de outras penitenciárias também haviam sido enviados por razões políticas, compartilhando apenas o fato de terem se oposto à administração penitenciária.[41]

A questão prisional tornou-se um assunto de preocupação nacional. Em 1973, 36 dos 50 Estados-membros norte-americanos transferiram os seus presos mais problemáticos para uma unidade de controle situada em Marion. O propósito desta unidade era separar estes desviantes, que representavam um grande risco à ordem carcerária, do resto do vasto número de condenados que não desejavam causar problemas. O seu propósito inicial era proporcionar uma segregação de longa duração, altamente controlada para os membros problemáticos de presídios dos Estados. Para tanto, utilizou-se de 435 celas individuais.[42]

Assim, nos anos 70, a unidade de controle do presídio de Marion tinha a grande maioria de seus internos classificados como de necessidade de custódia máxima nível 5 (a mais alta do país, neste período), mas, por força do argumentado acima, de forma alguma deve-se pensar que todos com maus antecedentes.[43] Como lembra Toch, os prisioneiros não são mandados para o *supermax* pelo que fizeram, mas, por alguma coisa que alguém pensa que eles podem fazer por causa do tipo de pessoa que alguém pensa que eles são. Estes juízos podem ser feitos com base em algum fato remoto do passado do preso ou algum atributo deste percebido pela equipe dirigente.[44]

41. Idem, p. 68-69.
42. WARD, David A.; WERLICH, Thomas G. Op. cit., p. 57.
43. KING, Roy D. Op. cit., p. 167.
44. TOCH, Hans. The future of supermax confinement. *The Prison Journal* 81/380.

No entanto, mesmo que desenhada para ser a primeira penitenciária nível 6 de segurança, Marion continuava tendo o "movimento controlado" dos presos de suas celas para localidades específicas da instituição. Apenas um pequeno número de presos era isolado em celas disciplinares dia e noite. Em efeito, era uma pequena versão do resto do sistema penitenciário. Nesta época, também se tornou a principal destinação dos presos considerados violentos ou desordeiros.[45] Se comparado com o ambiente de outras prisões, o de Marion parecia ser casual e tranquilo. Todos os presos tinham a possibilidade de estudar, receber documentos legais, trabalhar, bem como de receber materiais políticos, jornalísticos e livros. Também foi possibilitado aos internos a formação de um grupo dentro da biblioteca da instituição, que versava eminentemente sobre a liberdade de expressão dos presos.[46]

Contudo, em 15.07.1972, o interno Jessé López tornou-se a primeira pessoa a fugir da penitenciária de Marion. Este preso foi rapidamente recapturado, sendo fortemente agredido pelo agente penitenciário Donald Hillard, o que ocasionou a hospitalização do primeiro. Uma coalizão multirracial organizou uma greve, ocorrida em 17.07.1972, em resposta à ação violenta contra o detento. Era requisitado que Hillard fosse demitido. O caso López, desta forma, pode ser visto como o catalisador dos eventos de violência entre os membros da equipe dirigente e os presos, fato que, por sua vez, levou ao fechamento completo da unidade de controle e a criação da primeira penitenciária de segurança-máxima especial, em Marion.[47]

Na primeira parada nos trabalhos na penitenciária, 200 homens que trabalhavam com a feitura de móveis de metal e nas atividades de impressão de materiais, permaneceram em suas celas, tendo a companhia de outros 70 que trabalhavam na cozinha e 15 que auxiliavam no hospital. Em resposta a essa ação, os guardas passavam com cédulas para que os internos votassem sobre a continuidade da greve. Não tendo cessado esta manifestação, um grande número de presos foi transferido para a Unidade de Controle H, permanecendo em celas onde não havia cama, pia ou mesmo qualquer outro elemento de infraestrutura. Antes da greve, eram mantidos em isolamento apenas 14 presos. Na época em que cessou a greve, mais de 140 presos encontravam-se em celas solitárias.[48]

---

45. RICHARDS, Stephen C. Op. cit., p. 9.
46. GOMËZ, Alan Eladio. Op. cit., p. 70.
47. Idem, p. 72.
48. Idem, p. 73.

Por força disto, o mundo detrás das grades passou a fazer parte de lutas políticas de uma forma que nunca havia acontecido antes. Esta luta terminou por gerar um abismo ainda maior entre o preso e a sociedade livre, na medida em que eram colocados como que em lados opostos nas lutas pelos direitos.[49] O ganho de força política dos grupos de presos, sem dúvida, levou ao confronto, em busca de influência e possibilidade de exercício, em maior escala, nestas localidades, entre os grupos organizados e o *staff* penitenciário.

Em 16.08.1972, a comunicação com o exterior da prisão foi completamente vetada. No dia posterior, ocorreu um incêndio no Bloco H, sendo que os prisioneiros foram forçados a lavar suas cabeças nas privadas para que pudessem respirar; esta opção foi logo inviabilizada, pois, a administração penitenciária cortou a eletricidade e a água desta localidade, sem fazer, ao mesmo tempo, qualquer esforço para apagar o incêndio. A violência continuou no dia 18, quando membros da equipe dirigente entraram nos blocos de celas usando mascaras de gás. Ato contínuo, forçaram os presos a tirarem suas roupas e dispararam um tipo de gás portátil. Como a água ainda não havia sido restabelecida nas celas, os presos não puderam se lavar. Também não foi possibilitado que tivessem atendimento médico adequado. Todos os internos permaneceram nus por três dias e não foi retirado o lixo por uma semana. Foi vetado o recebimento de correspondência e bem como o ingresso de qualquer representante legal. Apenas após o dia 24 é que foi permitido que todos tomassem banhos para a retirada do gás. Também passou a ser forçada a participação de todos os internos nos programas de reabilitação, através de atividades que voltavam às práticas de "desumanização" e reprogramação que eram empregadas anteriormente.[50]

Para superar o problema, foi remodelada a unidade "H" da penitenciária de Marion, que se destinava a internar os presos com maiores problemas.[51] A administração penitenciária respondeu ao ativismo dos presos, por isso, isolando-os em suas celas solitárias. Marion tinha dois tipos de celas solitárias, ambas com camas de metal, um colchão de plástico de uma polegada, um *toilet* e um lavabo. Enquanto que em algumas celas as portas eram de barras (o que possibilitava o ingresso de luz), outras continham, além das

49. GOTTSCHALK, Marie. *The prison and the Gallows. The politics of mass incarceration in America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 166.

50. GOMÈZ, Alan Eladio. Op. cit., p. 74.

51. PIZARRO, Jesenia M.; STENIUS, Vanja M. K. Supermax prisons: their rise, current practices, and effect on inmates. *The Prison Journal*, vol. 84, n. 246, p. 250.

barras, uma porta maciça, que impossibilitava a iluminação natural desta localidade, exceto pela existência de uma pequena janela. Estas eram escuras e mais deprimentes.[52]

A escalada da violência prisional de Marion continuou até meados de 1970, com o aumento de 45,5% das agressões a membros da equipe dirigente por parte dos prisioneiros. Como resultado, em 1979, o *Federal Bureau of Prisons* propôs a inclusão de mais um nível de controle no sistema de administração da penitenciária. Após esta decisão, no mesmo ano, Marion se transformou na primeira penitenciária, norte-americana, com nível 6 de segurança. A sua missão era prover condições de longos períodos de confinamento com o maior controle possível do interno que fosse considerado problemático.[53]

Com a conversão desta prisão em unidade de nível 6 de segurança, as oficinas de trabalho foram fechadas, pois, segundo os administradores dos estabelecimentos, proporcionavam diversos acessos a objetos a serem usados como armas. Entre 1980 e 1983 houve 14 tentativas de fugas, 10 distúrbios ocasionados por confrontos entre facções, 54 roubos a internos, 8 prisioneiros morreram por confrontação com outros internos e 2 guardas foram mortos em incidentes separados, mas em circunstâncias idênticas (utilização de instrumento perfurocortante).[54]

No entanto, a história contemporânea específica das *supermaxes* só tem início em um sábado, 22.10.1983, quando Thomas Silverstein, um interno da penitenciária de Marion, agrediu cerca de 40 vezes um agente de custódia, fato que levou ao completo fechamento do estabelecimento (*lockdown*).[55] O guarda foi um dos dois que morreram em incidentes separados. O *Federal Bureau of Prisons*, neste momento, passou a encarcerar estes presos, em Marion, convertendo o que antes era apenas uma unidade de controle na própria conformação do regime de confinamento adotado pelo presídio.[56] Como descrito por Gómez, "a unidade de controle que controlou Marion virou Marion".[57]

---

52. GOMËZ, Alan Eladio. Op. cit., p. 75.
53. PIZARRO, Jesenia; STENIUS, Vanja M. K. Op. cit., p. 250-251.
54. KING, Roy D. Op. cit., p. 168.
55. Interessante notar que, muito embora o termo *lockdown* seja muito utilizado pelos autores que descrevem este acontecimento, apenas: KAMEL, Rachael; KERNESS, Bonnie. Op. cit., p. 3 dão o significado acima descrito.
56. RICHARDS, Stephen C. Op. cit., p. 9-10.
57. GOMËZ, Alan Eladio. Op. cit., p. 77.

3. ADOÇÃO E CRÍTICAS AO MODELO DE PRISÃO *SUPERMAX*

Esse estabelecimento passa a ser considerado como de segurança máxima especial, de natureza disciplinar, onde todas as celas eram usadas para isolar os prisioneiros individualmente. Não havia uma população geral. Os presos não saiam de suas celas para andar pelos corredores, não trabalhavam e não frequentavam o pátio. Não há qualquer local de refeição comum. Existia um ginásio e uma academia, mas não eram utilizados.[58] Nem mesmo as refeições eram realizadas em locais comuns, sendo que a comida é empurrada para dentro da cela através de uma portinhola que a porta desta localidade continha.[59]

Atingia-se o controle sobre os internos isolando-os em suas celas por 22 ou 23 horas por dia, bem como limitando o contato humano para apenas questões médicas, religiosas ou a visão de um guarda durante a sua ronda. O pensamento por trás desta prática é segregar os mais perigosos para proteger os demais, a própria prisão ou mesmo a sociedade externa, de sua influência. Decorrentemente, pretendia-se evitar que fossem praticados crimes dentro das prisões,[60] através de uma extrema vigilância, contando com celas construídas em linhas, as quais saiam de forma radial da torre de controle.[61]

Assim, esta prisão era normalmente descrita como de alta tecnologia (*high tech*). Quando se faz esta referência, realizam-se duas menções: primeiro, de que era tecnologia nela mesma, proporcionando uma visão de segurança, controle e segregação; a segunda é que esta prisão era altamente especializada no aparato tecnológico utilizado, sendo o mais novo possível. As celas tinham portas pesadas, janelas opacas (ou sem janelas), as luzes eram deixadas ligadas dia e noite. Decorrentemente, esta instituição não deixava de ser máquina, ou seja, uma invenção específica com o propósito ligado a sua tecnologia. Em outras palavras, neste contexto, tecnologia significava um aporte limpo, rentável e científico; uma ação direta em um problema de gerência, possibilitando uma ênfase enorme na "profissionalização" da ação de controle.[62]

Começou-se a se adotar a prática de que, antes de qualquer interno deixar a sua cela, ele deveria colocar as mãos para trás e ser algemado através do es-

58. RICHARDS, Stephen C. Op. cit., p. 8.

59. AMBRAMSKY, Sasha. Return of the madhouse. *The American Prospect*, vol. 13, n. 3, p. 26.

60. PIZARRO, Jesenia M. et al. Supermax prisons: myths, realities, and the politics of punishment in American society. *Criminal Justice Policy Review*, n. 17, vol. 6, p. 7.

61. AMBRAMSKY, Sasha. Op. cit., p. 26.

62. RHODES, Lorna. Supermax as a technology... cit., p. 547-549.

paço, na porta, para a entrada de comida. Mesmo com esta medida, nenhum interno deveria ser retirado de sua cela sem a autorização da administração do presídio e sem que diversos guardas fizessem a escolta. Pertences pessoais, com exceção de fotos de familiares e cartas, eram removidos das celas. Foram implementados novos procedimentos para a visita (estas permitidas apenas uma vez por mês), não sendo permitido qualquer contato físico de pessoas de fora do presídio com os internos. Revistas íntimas (inclusive com exames retais) eram feitas a todos os internos antes e depois das visitas, mesmo as dos seus advogados. A recreação solitária era permitida por uma hora, cinco dias por semana. As armações de metal das camas foram substituídas por construções de concreto. Também foi colocado, em cada cela, um suporte para um pequeno televisor preto e branco. O interno que desejasse falar com algum integrante da equipe dirigente (mesmo com os psicólogos, os assistentes sociais, médicos etc.), deveria fazê-lo através das grades, impossibilitando qualquer contato físico deste com aquele.[63] O prisioneiro, pela colocação da cela, podia ver apenas o que estava imediatamente a sua frente.[64] Ele ouvia sons, mas estes eram distorcidos pela forma de produção do mesmo, pela reverberação e pelo eco.[65] Algumas cartas de presos relatavam o confinamento em celas do tamanho de um pequeno banheiro.[66]

---

63. WARD, David A.; WERLICH, Thomas G. Op. cit., p. 58.

64. Diante deste fato, impossível não se fazer a referência ao relato inicial da alegoria da Caverna, de: PLATÃO. *A república*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 210, quando descreve que "suponhamos uns homens numa habitação subterrânea em forma de caverna, com uma entrada aberta para a luz, que se estende a todo o comprimento dessa gruta. Estão lá dentro desde a infância, algemados de pernas e pescoços, de tal maneira que só lhes é dado permanecer no mesmo lugar e olhar em frente; são incapazes de voltar a cabeça, por causa dos grilhões; serve-lhes de iluminação um fogo que se queima ao longe, numa elevação por detrás deles; entre a fogueira e os prisioneiros há um caminho ascendente, ao longo do qual se construiu um pequeno muro, no gênero dos tapumes que os homens dos 'robertos' colocam diante do público, para mostrarem as suas habilidades por cima deles". Pode-se, portanto, dizer que a prisão de Marion, bem como as demais de segurança máxima especial, é a caverna contemporânea do sistema penitenciário na medida em que o poder é exercido mediante a privação sensorial do interno, escondendo a imagem do outro ou mesmo qualquer outra manifestação sua, como a mera fala. Simboliza-se a impossibilidade de mudança do estado do preso frente as contingências, sendo reduzido a mero sujeito de necessidade.

65. RHODES, Lorna A. Changing the subject... cit., p. 392.

66. KAMEL, Rachael; KERNESS, Bonnie. Op. cit., p. 2.

Este modelo recebeu grande resistência por parte dos órgãos de defesa dos direitos dos presos. As três mais frequentes afirmativas sobre este confinamento, articuladas pela crítica, são: a grande frustração destes internos levará, quando voltarem ao ambiente carcerário normal, a ataques, por parte destes, contra outros presos; a saúde mental é negativamente afetada pelo confinamento solitário prolongado; quando liberto para a vida em sociedade, a raiva do ex-presidiário, ou os danos mentais, serão causa de uma conduta extremamente violenta.[67] Por vezes, esta instituição foi caracterizada como uma forma velada de tortura.[68]

Como refere Gómez, após alguns dias de isolamento, não havia mais intercomunicação entre os órgãos e o sistema nervoso central, sendo que este último carrega tantos impulsos de dor que o cérebro se recusa a receber qualquer outro estímulo. Os sentimentos tornam-se indistintos e as emoções imprevisíveis. A monotonia torna difícil ao pensamento separar e capsular. Ademais, nesta "prisão dentro da prisão", os internos receberiam ainda menos tratamentos do que nas demais penitenciárias.[69] Frequentes eram as manifestações de alucinações, psicoses, surtos de raiva incontroláveis, paranoia e, até mesmo, catatonia.[70]

A própria rotina impessoal do ambiente toma ares de ameaças e alucinações que podem exacerbar os sintomas. Os prisioneiros costumam demonstrar preocupação com a ação incisiva das câmeras, o efeito distorcido da ação da equipe dirigente, conectada com a grande quantidade de barulhos, fantasias de envenenamento ou, ainda, da má influência das torres de controle. Os guardas aparecem como robôs ou como figuras demoníacas prontas para lançar um ataque pessoal contra eles.[71] É frequente que dezenas de presos comecem a gritar suas necessidades. Estas manifestações são, comumente, incoerentes e formam uma cacofonia do desespero.[72]

Tamanha foi a repercussão que a discussão acerca desta instituição foi levada ao Judiciário norte-americano. No caso Bruscino *vs.* Carlson, a Suprema Corte dos Estados Unidos firmou entendimento que o encarceramento, nas

67. WARD, David A.; WERLICH, Thomas G. Op. cit., p. 62.

68. ANDERSON, George M. Supermax prison: What they have in common is extreme isolation. *America*, vol. 181, n. 18, p. 17.

69. GOMÈZ, Alan Eladio. Op. cit., p. 77.

70. AMBRAMSKY, Sasha. Op. cit., p. 28.

71. RHODES, Lorna. Supermax as a technology... cit., p. 558.

72. AMBRAMSKY, Sasha. Op. cit., p. 28.

condições aplicadas em Marion, era legítimo, por força das necessidades de manutenção da ordem e da segurança. Assim, cabia livremente a administração penitenciária a decisão de transferência do preso para outras condições de confinamento mais rígidas, cabíveis para estes presos, considerados pela Corte como os mais ardilosos, cruéis, e perigosos, sendo estes impossíveis de serem gerenciados de maneira diversa. Assim, o aumento do controle não é mais visto enquanto questão disciplinar, mas como um meio de manter a segurança nas instituições através da pura segregação.[73]

Esta decisão, de não considerar o máximo isolamento dos presos como uma punição cruel, deu legitimidade ao modelo de Marion, tendo este se espalhado por todos os Estados Unidos. Nestes termos, reavivou o debate tido em relação a Alcatraz e, mais remotamente, do sistema pensilvânico.[74] Por força disto, havia pouca dúvida que adviria a pressão, para a expansão do modelo, por parte oficiais do governo, calcada na crença da manutenção da ordem no sistema prisional geral, sendo tal facilitado pela remoção dos mais violentos causadores de problemas da população prisional geral, isolando-os solitariamente, sob a crença também da possibilidade de uma coação psicológica frente aos demais internos. Ademais, criou-se a crença da necessidade destes presídios não em termos da imperatividade de resposta a comportamentos criminosos dentro da prisão, mas para lidar com a crescente projeção destes junto à sociedade geral, o que pode servir como instrumento simbólico político de demonstração de o quão dura pode ser a repressão ao crime.[75]

O *Federal Bureau of Prisons* sugeriu a construção de prisões no mesmo estilo seguindo pelo menos três aspectos: acomodações fisicamente separadas entre

---

73. WARD, David A.; WERLICH, Thomas G. Op. cit., p. 59. Como lembram os autores, da mesma forma que havia ocorrido em Alcatraz, Marion utilizava-se de alguns nomes que se tornaram conhecidos na mídia como criminosos perigosos: Theodore Kaczynski (o *Unabomber*), Timothy McVeigh e Terry Nichols (condenado por um atentado com uso de bombas, em Oklahoma). Também eram internos lá Ramsy Yousef e outros membros da Al-Qaeda, fato este que influenciou a tomada de decisão por parte da *Supreme Court*. Também referem que o perfil majoritário dos internos de Marion é de presos que já haviam passado pelo menos quatro anos em outros estabelecimentos e eram condenados a penas de pelo menos 40 anos de reclusão. Apenas 17% dos presos tinham menos de 20 anos de idade, 25% tinham entre 31 e 35 anos de idades, 23% tinham de 36-40, 16% tinham de 41 a 45, 14% tinham de 46 a 50 e 5% tinham 51 ou mais anos de idade; 44% dos internos eram brancos, 20% hispânicos, 34% de afrodescendentes e 2% de outras etnias.

74. WARD, David A.; WERLICH, Thomas G. Op. cit., p. 60.

75. KING, Roy D. Op. cit., p. 177.

si; controle ambiental enfatizando a segurança via separação dos agentes penitenciários dos prisioneiros com restrição de movimentos destes; possibilidade de receber presos de outros presídios.[76] Estima-se que, até janeiro de 2008, 40 Estados norte-americanos possuíam prisões de segurança máxima especial, sendo que, apenas no Texas, existem oito unidades.[77]

Mesmo assim, frente às críticas, em alguns Estados este modelo foi abandonado. Em Nova York, começaram a ser encarcerados dois presos por cela. Contudo, tamanha a dificuldade de (re)adaptação do ex-isolado com outro que, em *Pelican Bay* na Califórnia, esta prática levou a morte de 10 indivíduos que foram mortos por seus companheiros de cela.[78] A causa disto foi apontada como a dependência destes no que diz respeito ao controle efetuado pela instituição; perda da capacidade de iniciar uma relação de qualquer tipo; incapacidade para a interação social de qualquer natureza; viver em um mundo de fantasias, inclusive com delírios e alucinações; distúrbios afetivos; dificuldade de concentração e de memória; e distúrbio de pensamento.[79]

O primeiro caso de reconhecimento judicial das consequências nefastas que este tipo de confinamento pode ter foi o *Case Law Madrid* vs. *Gómez*. Neste julgado, foi pleiteada a proteção de 3.600 internos do presídio de *Pelican Bay*, sendo alegado uso excessivo de força por parte da administração penitenciária, sendo que o isolamento celular seria encarado como tratamento contrário à própria dignidade humana, na medida em que esta prática ultrapassaria os limites que qualquer pessoa poderia tolerar.[80] A decisão do juiz da *Federal District Court*, Thelton Henderson, acatou, em parte, a alegação dos autores, aduzindo que o cuidado médico era inadequado e a violência, de fato, era excessiva. Contudo, estas considerações foram aplicadas apenas aos presos com algum tipo de problema mental, que deveriam ser transferidos para o sanatório de Springfield.[81]

---

76. Idem, p. 171.
77. NADAY, Alexandra; FREILICH, Joshua D.; MELLOW, Jeff. The elusive data on supermax confinement. *The Prison Journal*, vol. 88, n. 6, p. 75. O número relacionado ao Estado do Texas apresenta alguma divergência, na medida em que os dados apresentados pelo ente federativo norte-americano não são consistentes. Neste sentido: AMBRAMSKY, Sasha. Op. cit., p. 28, refere que, no início do ano 2000, havia neste local 16 prisões de segurança máxima especial.
78. KAMEL, Rachael; KERNESS, Bonnie. Op. cit., p. 4.
79. WARD, David A.; WERLICH, Thomas G. Op. cit., p. 61.
80. TOCH, Hans. Op. cit., p. 378.
81. ANDERSON, George M. Op. cit., p. 18.

Os reais efeitos desta forma de confinamento, contudo, ainda não foram devidamente explorados, pois, para evitar a interferência da mídia, bem como as críticas por parte das associações de direitos humanos, nos últimos anos as visitas ao interior destas instituições foram severamente restringidas.[82] Mesmo o contato com os advogados é cuidadosamente controlado, sendo que nenhuma visitação pode ter contato físico. Este fato dá um *status* paradoxal ao preso, pois, ao mesmo tempo ele é visível[83] e escondido. Visível pela tecnologia de controle aplicada na penitenciária, mas é escondido pelas circunstâncias referentes ao público em geral e mesmo por ação dos encarregados da "blindagem" institucional que visa proteger as *supermaxes*.[84] Contudo, conforme Ward e Werlich, este é apenas o primeiro obstáculo para o pesquisador. A maior parte dos internos, da mesma forma que os agentes da administração destas instituições, são desconfiados e mesmo hostis com visitantes de fora, por pensarem que estes agiram de forma crítica no que diz respeito a seus atos. Assim, não é possível a construção de um modelo a respeito destas instituições, apenas múltiplas versões da realidade.[85]

Mesmo diante desta dificuldade de formação de um conceito geral para estas instituições, o que a maior parte das penitenciárias de segurança máxima especial norte-americanas tem em comum é a volta do controle, por parte do supervisor, realizado em salas separadas, distantes das celas. Os agentes correicionais não mais estão ligados diretamente à supervisão dos internos, até por estarem estes segregados 23 horas por dia, não sendo mais a supervisão pessoal necessária. Os funcionários entram nos locais de confinamento apenas para checagens periódicas, para perguntar sobre alguma necessidade e para deixar comida, bem como para fazer a escolta do encarcerado em caso de eventual movimentação (receber visitas, tomar banho, fazer exercícios ou usar o telefone), os quais são frequentemente algemados através das grades nas mãos e nos pés. A arquitetura frequentemente segue o modelo panóptico circular, com

82. AMBRAMSKY, Sasha. Op. cit., p. 29.

83. Como descrevem: DOUGLAS, Mary; LIANOS, Michalis. Dangerization and the end of Deviance: the institutional environment. In: GARLAND, David; SPARKS, Richard. *Criminology and social theory.* New York: Oxford, 2000. p. 116, em tais condições, com o aumento da transparência a instituição também consegue fazer crescer o domínio sobre as atividades desenvolvidas, buscando prevenir eventos não desejados e suprimir os incidentes.

84. RHODES, Lorna A. Psychopathy and the face of control in supermax. *Ethnography* 3/446.

85. WARD, David A.; WERLICH, Thomas G. Op. cit., p. 67.

uma visão da cela de 180 a 270 graus, o que possibilita maior controle por parte da administração, divergindo deste protótipo benthaniano por não dispor de áreas de trabalho.[86]

Estas instituições são tecnologias[87] baseadas em um contexto de interação que regula, organiza e monitora o comportamento humano pela integração pré-arranjada do interno com o ambiente. Esta conexão é construída sob a concepção de normalidade e regulação a que todos os sujeitos devem seguir. No entanto, deve-se ter presente que, estas tecnologias da punição,[88] apesar do que esta narrativa possa parecer, não são percebidas como sujeitos, mas como ferramentas que possibilitam o máximo isolamento do preso, mesmo que participem de uma relação específica de poder com este indivíduo. O controle autômato do comportamento não é um procedimento simples, mas, em geral, serve para a gerência da adaptação comportamental às regras do estabelecimento. Serve como busca da eliminação de todos os aspectos de interação social que dificultam que a instituição atinja os seus objetivos. Por força disto, o controle autômato deve sempre operar sobre as bases da suspeita de risco causado pelos regulados.[89]

"Supermax" é, então, um elemento da resposta militarizada para um suposto inimigo (tanto interno quanto externo), sendo que este deve ser colocado longe do contato com qualquer um, bem como do direito. O prisioneiro é gerenciável tanto mais quanto for eficiente a tecnologia de controle disponível.[90]

---

86. KING, Roy D. Op. cit., p. 172.

87. Conforme: RHODES, Lorna. Supermax as a technology... cit., p. 547, tal entendimento decorre do fato de que a tecnologia é compreendida não apenas como mecanismo eletrônico, mas, também, como sistema complexo sociotecnológico empregado na relação do estabelecimento com o preso. Isto se dá porque o aparato prisional, mais do que uma instituição, é um mecanismo articulado através de uma técnica disciplinar que pode ser usada para fins precisos, por autoridades preexistentes (como a administração prisional). Neste sentido: RABINOW, Paul; DREYFUS, Hubert. *Foucault. Uma trajetória para além do estruturalismo e da hermenêutica.* Trad. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 169.

88. Imperativa a lembrança de: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão.* Trad. Raquel Ramalhete. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 177, que descreve que, a "disciplina não pode se identificar com uma instituição nem com um aparelho; ela é um tipo de poder, uma modalidade para exercê-lo, que comporta todo um conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimentos, de níveis de aplicação, de alvos; ela é uma física ou uma anatomia do poder, uma tecnologia".

89. DOUGLAS, Mary; LIANOS, Michalis. Op. cit., p. 108-110.

90. RHODES, Lorna. Supermax as a technology... cit., p. 552.

A sua condição é proporcionada pela aplicação de uma intensa tecnologia política que é colocada como necessária para produzir uma exclusão legítima dos mais perigosos. Rhodes aduz que o esforço desta posição demonstra que a dinâmica peculiar das *supermaxes* tem uma ligação com a esfera pública, colocando alguém em uma posição liberal para produzir uma outra esfera escondida e problemática.[91] Como descreve Toch, estas prisões podem diferir entre si, umas das outras, de algum modo. Mas o que não muda é o fato de serem um repositório de tecnologia anti-humanista, que diminui ao máximo o contato humano (mesmo com os membros da equipe dirigente), na medida em que os internos são geridos, majoritariamente, por máquinas.[92]

A manutenção deste modelo se dá porque os administradores e defensores das prisões asseveram que o *supermax* serve como coação psicológica junto à comunidade carcerária. Esta coação ocorreria na medida em que os demais presos observam a imposição da ameaça de punição em outros ou, apenas, tem a certeza de que dado comportamento acarretará a punição. Esta teoria assevera que, se a punição é distribuída com certeza, rapidez e dureza, as taxas de desvios devem baixar. Desta forma, não basta que se conheça a possibilidade de punição, mas é preciso acreditar que ela sempre incidirá, ou seja, a percepção individual.[93]

No entanto, estudos empíricos,[94] nos Estados Unidos, apontam que a ameaça de encarceramento no *supermax* bem como a falha na aplicação da punição a todos os casos de indisciplina, pode acarretar o agravamento do problema. Ademais, o aumento na severidade da punição, considerada *lato sensu*, não atinge os seus fins. A coação psicológica viria, além da certeza da punição, por força da personalidade do agente, de seus vínculos sociais e de suas percepções. Decorrentemente, a mesma sanção pode diminuir o desvio, quando aplicada a um grupo, mas aumentar quando utilizada em outro. Neste desiderato, membros violentos e/ou disruptivos costumam ser menos afetados pela coação psicológica.[95]

---

91. Changing the subject... cit., p. 389.

92. TOCH, Hans. Op. cit., p. 379.

93. PIZARRO, Jesenia; STENIUS, Vanja M. K. Op. cit., p. 258.

94. Importante ressaltar que há apenas um estudo que aponta na direção oposta deste parágrafo, sendo este o de: BRIGGS, Chad S.; SUNDT, Jody L.; CASTELLANO, Thomas C. The effect of supermaximum security prisons on aggregate levels of institutional violence. *Criminology* 41/1350, tendo este incidido em quatro prisões: a de Arizona, de Illinois, Minnesota e Utah. Mesmo aduzindo que a incidência sobre o comportamento dos presos nestas localidades não sofreu alterações, os autores também concordam que estas prisões não alcançam todas as suas metas.

95. PIZARRO, Jesenia; STENIUS, Vanja M. K. Op. cit., p. 259.

Outro argumento utilizado é que com as *supermaxes*, seria promovida a segurança da ordem prisional pela remoção de alguns desordeiros do ambiente geral de confinamento. Os demais presos se sentiriam mais seguros e os programas reabilitadores funcionariam de melhor maneira. Também se defende que a desordem surge por força de interações sociais entre os presos, buscando a *supermax* prevenir que instigadores causem as desordens. Assim, não seria requisito que ele cometesse qualquer falta, mas que tivesse uma potencialidade de agregação "negativa" para a administração.[96] Contudo, não há qualquer evidência de que esta remoção possa ocasionar o aumento da segurança prisional, até porque, não se tem certeza se estão sendo atingindos os reais líderes das facções e, da mesma forma, não se sabe se esta prática realmente leva ao desmantelamento de organizações desviantes.[97]

Nem mesmo o retribucionismo, onde a pena imposta ao preso deve seguir o *quantum* de gravidade do crime, pode sustentar as penitenciárias de segurança máxima especial (conforme os teóricos críticos norte-americanos), pois, o fim da punição, nesta teoria, não é prevenir o crime, mas dar o que o criminoso "merece". Contudo, o perfil criminal destes internos não leva a esta conclusão, pois, na sua maioria, não apresentam vida pregressa com prática de crimes considerados graves (como os contra a integridade física e contra a vida).[98] Isto porque estas instituições foram criadas especificamente para gerir riscos. Desta forma, os internos não são os que cometeram os crimes que são considerados mais graves, mas os que parecem oferecer algum risco a "operacionabilidade" da instituição em que eram internos.[99]

Ainda imperativa a referência que o fato de as penitenciárias de segurança máxima especial proporem-se a lidar com os piores dos piores[100] comumente

96. MEARS, Daniel P.; REISIG, Michael D. Op. cit., p. 33-57.

97. LIPPKE, Richard L. Against supermax. *Journal of Applied Philosophy*, vol. 21, n. 2, p. 113.

98. Idem, p. 116.

99. PIZARRO, Jesenia M. et al. Op. cit., p. 10.

100. Indispensável a transcrição de um trecho da obra de: GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 5-6: "A sociedade estabelece os meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados como comuns e naturais para os membros de cada uma dessas categorias: Os ambientes sociais estabelecem as categorias de pessoas que têm probabilidade de serem neles encontradas. As rotinas de relação social em ambientes estabelecidos nos permitem um relacionamento com 'outras pessoas' previstas sem atenção ou reflexão particular. Então, quando um estranho nos é apresentado,

leva ao fato de os membros da equipe dirigente os encararem com desprezo. Por força disto, como toda ação, por parte dos presos, passa a ser considerada como uma emergência, sempre se está, conforme o *stab*, diante de indicadores de perigo que podem gerar agressões físicas, por parte dos guardas, contra os presos, mediante a utilização de bastões elétricos.[101] Através do ideal de separação celular, há a completa redução do outro (o preso) a um puro objeto encarcerado pela força punitiva da lei, sendo que, por força disto, fora o fato que o interno continua realizando as suas necessidades biológicas.[102]

Mesmo com todas estas restrições apontadas pela crítica advinda do próprio país que consagrou esta forma de confinamento, a tendência atual não é a de sua retração, mas, pelo contrário, é de expansão. Países europeus, que tradicionalmente têm uma preocupação maior com os direitos dos presos,[103] adotam o sistema.[104] Assim, embora possua um sem número de diferenças entre os países, este modelo (de concentração de presos considerados de grande periculosidade, através do isolamento celular por 22 ou 23 horas por dia, bem como de gerência eletrônica de controle completo da vida do interno através de aparatos de alta tecnologia) é inserido na política penitenciária internacional, não ficando o Brasil imune a isto, em especial após a adoção do mesmo pela administração penitenciária federal, assunto este que, por sua extensão e complexidade, deve ficar para outro escrito.

---

os primeiros aspectos nos permitem prever a sua categoria e os seus atributos, a sua 'identidade social' – para usar um termo melhor do que '*status* social', já que nele se incluem atributos como 'honestidade', da mesma forma que atributos estruturais, como 'ocupação'. Baseando-nos nessas preconcepções, nós as transformamos em expectativas normativas, em exigências apresentadas de modo rigoroso, extremo, uma pessoa completamente má, perigosa ou fraca. (...) Assim, deixamos de considerá-lo criatura comum e total, reduzindo-o a uma pessoa estragada e diminuída. Tal característica é um estigma, especialmente quando o seu efeito de descrédito é muito grande".

101. RHODES, Lorna. Supermax as a technology... p. 556.

102. BAUMAN, Zygmunt. Social uses of law and order. In: GARLAND, David; SPARKS, Richard. *Criminology and social theory*. New York: Oxford, 2000. p. 28.

103. ANDERSON, George M. Op. cit., p. 18.

104. Como lembra KING, Roy D. Op. cit., p. 180, os países europeus, inicialmente, não adotaram nem aprovaram o modelo de Marion. Contudo, em um segundo momento, nota-se que esta forma de prisionização, como maneira de contenção de presos considerados perigosos, foi paulatinamente adotada, por força de argumentos de manutenção da ordem prisional (BOIN, Arjen. Securing safety in Dutch Prison System: Pros and cons of supermax. *The Howard Journal*, vol. 40, n. 4, p. 337-340).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como estudado ao longo deste escrito, a forma de implementação do correicionalismo norte-americano trouxe consigo a sua própria ruína, na medida em que as falhas e fracassos de sua implementação levaram a política penitenciária de um estágio de tratamento (ainda que coativo, até mesmo por lavagem cerebral) do preso à mentalidade do "prendam e joguem a chave fora". Isto ficou ainda mais patente após uma série de ações realizadas fora das prisões, mas articuladas em seus interiores, com articulações de assassinatos de presos, bem como organizações de outras operações desviantes externas aos presídios.

Por força disto, é criado, nos Estados Unidos, o modelo das penitenciárias de segurança máxima especial (*supermax prison*). Nesses estabelecimentos volta-se a empregar o confinamento solitário (de duração de 22 ou 23 horas por dia) aos presos, pretendendo abrigar os considerados mais perigosos, os "piores dos piores". Busca-se o completo isolamento do indivíduo, tanto da comunidade geral como dos demais presos, seja das penitenciárias comuns ou da mesma em que esteja lotado. Ponto chave também é a utilização da tecnologia de controle mais desenvolvida e precisa que exista, como o monitoramento, por câmeras, 24 horas por dia, armamento não letal para utilização nos menores casos de desobediência, espectômetros, raio-x etc., tudo para criar as condições de confinamento mais duras e as formas de incapacitação mais eficientes possíveis, não importando o que aconteça com o preso.

No entanto, apesar da grande repercussão que estas prisões alcançaram nos meios político-penitenciários norte-americanos, tal forma de isolamento máximo não passa longe de críticas, sendo comumente atacada pelos movimentos de direitos dos presos e, até mesmo, gerando controvérsias judiciais acerca da sua manutenção. Assim, em um primeiro momento, é descrito que a grande frustração destes internos levará, quando voltarem ao ambiente carcerário normal, a ataques, por parte destes, contra outros presos; a saúde mental é negativamente afetada pelo confinamento solitário prolongado; quando liberto para a vida em sociedade, a raiva do ex-presidiário, ou os danos mentais, serão causa de uma conduta extremamente violenta.

Por força disto, tem-se que o alto grau de isolamento proporcionado pelas penitenciárias de segurança máxima especial (*supermax prison*), torna estas prisões não apenas sem efetividade, mas, também, danosas. Deve-se preferir, neste ponto, a ideia de que os direitos fundamentais não são direitos subjetivos do indivíduo contra o Estado, mas valores objetivos que este deve respeitar, tutelar e promover; que não podem ser negados por completo através de uma instituição que, com um grau quase que completo de isolamento celular, frag-

menta a mente humana e causa terríveis danos psicológicos Esta narrativa não pode passar despercebida das autoridades penitenciárias, sendo imperativo que seja levada em conta tanto pelo país de origem (como já vem o sendo em diversos dos Estados norte-americanos), como nos demais que tem realizado sua implementação, como é o caso brasileiro nos presídios federais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBRAMSKY, Sasha. Return of the madhouse. *The American Prospect*. vol. 13. n. 3. p. 26-29. Washington, feb. 2002.

ANDERSON, George M. Supermax prison: What they have in common is extreme isolation. *America*. vol. 181. n. 18. p. 17-19. [S.L.: s.n.], dec. 1999.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Visões da sociedade punitiva: elementos para uma sociologia do controle penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. Social uses of law and order. In: GARLAND, David; SPARKS, Richard. *Criminology and social theory*. New York: Oxford, 2000.

BECKETT, Katherine; WESTERN, Bruce. Governing social marginality: welfare, incarceration, and the transformation of state policy. In: GARLAND, David. *Mass imprisonment. Social causes and consequences*. London: Sage, 2001.

BOIN, Arjen. Securing safety in Dutch Prison System: Pros and cons of supermax. *The Howard Journal*. vol. 40. n. 4. p. 335-346. nov. 2001.

BOSWORTH, Mary. Creating the responsible prisioner: federal admission and orientation packs. *Punishment and Society*. n. 9. p. 67-85. jan.-mar. 2007.

BRIGGS, Chad S.; SUNDT, Jody L.; CASTELLANO, Thomas C. The effect of supermaximum security prisons on aggregate levels of institutional violence. *Criminology*. n. 41. p. 1341-1376. Maryland, nov. 2003.

DOUGLAS, Mary; LIANOS, Michalis. Dangerization and the end of Deviance: the institutional environment. In: GARLAND, David; SPARKS, Richard. *Criminology and social theory*. New York: Oxford, 2000.

FEELEY, Malcolm; SIMON; Jonathan. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*. n. 4. vol. 30. p. 449-474. California, jul.-dez. 1992.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 26. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARLAND, David. Contradições da sociedade punitiva: o caso britânico. *Revista de Sociologia e Política*. n. 13. p. 59-80. nov. 1999.

_____. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

_____. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira. São Paulo: Perspectiva, 2001.

GOMÈZ, Alan Eladio. Resisting living death at Marion Federal Penitentiary, 1972. *Radical History Review*. n. 96. p. 58-86. March, jan.-mar. 2006.

GOTTSCHALK, Marie. *The prison and the Gallows. The politics of mass incarceration in America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KAMEL, Rachael; KERNESS, Bonnie. *The prison inside prison: control units, supermax prisons, and devices of torture*. Philadelphia: AFSC, 2003.

KING, Roy D. The rise and rise of supermax: an American solution in search of a problem? *Punishment and Society*. vol. 1. n. 163. p. 163-186. California, jan. 1999.

LIPPKE, Richard L. Against supermax. *Journal of Applied Philosophy*. vol. 21. n. 2. p. 109-124. United Kingdom, mar. 2004.

MAUER, Marc. The causes and consequences of prison growth in the United States. In: GARLAND, David. *Mass imprisonment. Social causes and consequences*. London: Sage, 2001.

MEARS, Daniel P.; REISIG, Michael D. The theory and practice of supermax prisons. *Punishment and Society*. vol. 8. n. 33. p. 33-57. California, jan. 2006.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

NADAY, Alexandra; FREILICH, Joshua D.; MELLOW, Jeff. The elusive data on supermax confinement. *The Prison Journal*. vol. 88. n. 6. p. 69-93. Pennsylvania, mar. 2008.

PLATÃO. *A república*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

PIZARRO, Jesenia M. et al. Supermax prisons: myths, realities, and the politics of punishment in American society. *Criminal Justice Policy Review*. n. 17. vol. 6. p. 6-21. Indiana, mar. 2006.

_____; STENIUS, Vanja M. K. Supermax prisons: their rise, current practices, and effect on inmates. *The Prison Journal*. vol. 84. n. 246. p. 248-264. Pennsylvania, jun. 2004.

RABINOW, Paul; DREYFUS, Hubert. *Foucault. Uma trajetória para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Trad. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

RHODES, Lorna A. Changing the subject: conversation in supermax. *Cultural Antropology*. vol. 20. n. 3. p. 388-411. Washington, aug. 2005.

_____. Psychopathy and the face of control in supermax. *Ethnography*. n. 3. p. 442-466. jan.-mar. 2002.

_____. Supermax as a technology of punishment. *Social Research*. vol. 74. n. 2. p. 547-566. [S.L.: s.n.], jun. 2007.

RICHARDS, Stephen C. USP Marion: The first federal supermax. *The Prison Journal*. vol. 88. n. 6. p. 6-22. Pennsylvania, mar. 2008.

RIVELAND, Chase. *Supermax prisons: overview and general considerations*. Washington: National Institute of Corrections, 1999.

ROSE, Nikolas. Government and control. In: GARLAND, David; SPARKS, Richard. *Criminology and social theory*. New York: Oxford, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansion del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. rev. e ampl. Madrid: Civitas, 2001.

SIMON, Jonathan. Fear of loathing in late modernity. Reflections on the cultural sources of mass imprisonment in the United States. In: GARLAND, David. *Mass imprisonment. Social causes and consequences*. London: Sage, 2001.

TOCH, Hans. The future of supermax confinement. *The Prison Journal*. vol. 81. p. 376-388. Pennsylvania, jun. 2001.

WARD, David A.; WERLICH, Thomas G. Alcatraz and Marion: Evaluating supermaximum custody. *Punishment and Society*. vol. 5. n. 53. p. 53-75. California, jan. 2003.

ZIMRING, Franklin E. Imprisonment rates and the new politics of criminal punishment. In: GARLAND, David. *Mass imprisonment. Social causes and consequences*. London: Sage, 2001.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A prisão pós-disciplinar, de Gilles Chantraine – *RBCCrim* 62/79;
- Crime, castigo e distopia no capitalismo global, de Laurindo Dias Minhoto – *RBCCrim* 36/410;
- Direito penitenciário, Lei de Execução Penal e Defensoria Pública, de Arminda Bergamini Miotto – *RT* 794/441;
- Há um retorno do pensamento retribucionista? Sobre a (des)conformidade entre teoria da pena, política punitiva e legitimação, de Alcides Marques Porto Pacheco – *RBCCrim* 84/227; e
- O sistema prisional: um debate necessário, de Alessandra Teixeira, Fernanda Emy Matsuda, Fernando Salla e Marcos César Alvarez – *RBCCrim* 67/233.

A INFLUÊNCIA DE CÓDIGOS EXTRALEGAIS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO RIO DE JANEIRO SOBRE OS FAMILIARES DE PRESOS

2

The influence of extra-legal codes of Rio de Janeiro's penitentiary system for prisoners' relatives

THAIS LEMOS DUARTE

Mestre em Sociologia e Antropologia pela UFRJ. Doutoranda em Ciências Sociais pela UERJ. Bacharel em Ciências Sociais pela UERJ. Pesquisadora do Laboratório de Análise de Violência da UERJ, onde trabalha com pesquisas sobre Segurança Pública, Violência, Criminalidade e Sistema de Justiça Criminal.

ALEXANDRE BARBOSA FRAGA

Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia da UFRJ. Doutorando em Sociologia pela UFRJ. Bacharel e licenciado em Ciências Sociais pela UFRJ.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Para além das regras formuladas pela administração penitenciária e pelas legislações penais, os presos desenvolvem espécies de organizações sociais, dentro das unidades prisionais, estabelecendo códigos de conduta extralegais que devem ser obedecidos pelos internos. O objetivo deste trabalho é analisar como os familiares de presos, visitantes do sistema prisional do Rio de Janeiro, lidam com o código de conduta formulado pelos próprios presos e imposto dire-

ABSTRACT: Beyond the rules formulated by the penitentiary administration and by criminal law, the prisoners develop types of social organizations inside the prison, establishing extra-legal codes of conduct that must be obeyed by the inmates. The objective of this study is to analyze how prisoners' relatives, visitors of the penitentiary system of Rio de Janeiro, deal with the code of conduct developed by the inmates themselves, which is imposed directly upon

tamente a eles. Para tanto, será feita uma revisão bibliográfica sobre a temática, bem como serão estudadas narrativas de familiares de presos sobre a necessária, mas difícil, conciliação, no ambiente carcerário estadual, entre as regras ditadas por grupos criminosos e a rotina de visitas às unidades prisionais.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema penitenciário - Familiares de presos - "Sociedade dos Cativos".

them. To do that, a bibliographical revision on the subject will be made, as well as a study of the relatives' accounts about the necessary but difficult reconciliation of the rules set by criminal groups and the routines of the visits to the prison units in the state penitentiary system.

KEYWORDS: Penitentiary System - Prisoners' relatives - "Society of Captives".

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Metodologia - 3. Familiares de presos: quadro de referência - 4. Aplicação de regras extralegais aos familiares de presos - 5. Considerações finais - 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Após aproximadamente 20 anos de regime militar, o Brasil passou por um processo de redemocratização ao longo da década de 80. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram estabelecidas legalmente condições para uma ampla participação popular, além de terem sido rompidas as barreiras que limitavam o voto direto a uma parcela da sociedade. Nesse novo contexto, as agendas públicas tornaram-se mais sensíveis às reivindicações da população. Sendo a segurança um item eminentemente popular – sem deixar de ser tema prioritário também para as elites e para as camadas médias – ela se impôs com mais peso à consideração dos atores políticos (SOARES, 2003).

Salla e Ballesteros (2008) ressaltam que a democracia, em diversos países, inclusive a do Brasil, apresenta uma contradição central que se manifesta de forma bastante peculiar na área de segurança pública. Ao mesmo tempo em que se busca assegurar as liberdades individuais, há o crescimento de instrumentos de controle repressivo. No campo da segurança pública, essa perspectiva se converte em propostas de controles sociais mais rígidos e, como consequência, políticas penais mais severas. Atualmente, há o fortalecimento do "Estado Penitenciário". Ou seja, formam-se instituições de policiamento e controle como maneira de o Estado contrapor-se às desestabilizações sociais e econômicas causadas pelos regimes neoliberais (BAUMAN, 1999; WACQUANT, 1999).

A literatura internacional que analisa a questão prisional (BAUMAN, 1999; WACQUANT, 1999; GARLAND, 2001; CHRISTIE, 2003) constata que o encarcera-

mento em massa, atualmente, é produto do parâmetro de que os riscos devem ser reduzidos, as políticas de prevenção ao crime devem ser amplas e que os criminosos devem ser severamente punidos e controlados. O *Penal Welfarism*, desenvolvido desde a década de 50, é substituído pela percepção de que os criminosos não são de responsabilidade social e que eles se tornaram tal como são por causa estritamente das suas escolhas individuais.

Nesse contexto, as taxas de aprisionamento subiram de maneira vertiginosa. Contudo, a criminologia comparada confirma que não existe em qualquer sistema penitenciário do mundo a correlação entre a taxa de encarceramento e o nível de criminalidade (CHRISTIE, 2003). A prisão só atende a uma ínfima parcela da criminalidade, estando inapta a absorver a pequena e média delinquência (WACQUANT, 2004). Apesar desse fenômeno, em um período de 15 anos (1988-2003), a população encarcerada no Brasil cresceu cerca de 410% (ADORNO, 2006). À medida que aumentam os níveis de encarceramento, cresce o problema da superlotação nas penitenciárias, havendo, no caso brasileiro, um *déficit* crônico de vagas no sistema prisional. Apesar de o governo federal ter liberado recursos, em meados da década de 90, para a construção de 35.000 vagas no sistema penitenciário do país, o problema da superlotação ainda persistiu (SALLA, 2003). Há presos que já foram condenados, mas cumprem suas penas em delegacias de polícia, junto com presos provisórios. Em contrapartida, no Brasil, existem presos que têm direito a cumprir suas sanções em regime semiaberto, entretanto não conseguem locais no sistema penitenciário para o devido cumprimento desse estágio de pena.

Ainda que exista o crescimento da população carcerária, há a deterioração das condições de encarceramento. Para agravar o quadro, há pouca capacidade de mobilização de recursos econômicos para o sistema penitenciário e parca solidez em sua organização democrática, impedindo o respeito aos direitos humanos da população carcerária (SALLA; BALLESTEROS, 2008). Portanto, além da escassez de recursos financeiros destinados ao sistema prisional, a democracia é um valor ainda em processo de consolidação.

"No dia de nossa visita (na Casa de Custódia Moniz Sodré, no Rio de Janeiro), um dos dois pavilhões estava interditado. Seu contingente de 480 homens estava amontoado no outro pavilhão. Quando o ASP (agente penitenciário) responsável por aquele local abriu o portão gradeado conhecido como 'cortina' para nossa passagem, a imagem era de um corredor abarrotado de homens, colchões, ventiladores, rádios, lençóis pendurados. O quadro nos pareceu ainda mais sombrio pela quase ausência de luz. Havia apenas uma lâmpada em todo o corredor, o que não possibilitava distinguir os rostos, as roupas ou as

características físicas dos presos. Eram apenas olhos assustados e opacos o que se podia vislumbrar na penumbra."[1]

Para agravar esse cenário, outro problema de funcionamento do Sistema de Justiça Criminal é a não execução dos mandados de prisão. De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (2000), até o ano 2000, havia o acúmulo de 300.000 mandados de prisão a serem executados. Se isso ocorresse, existiria forte pressão sobre o sistema penitenciário brasileiro, cujas vagas seriam insuficientes para absorver todas as pessoas condenadas pelo Sistema de Justiça Criminal.

No Brasil, foram adotadas políticas penais mais severas para a organização e o funcionamento do aparato repressivo. As prisões passaram a apresentar regimes disciplinares mais duros, que vão de encontro ao paradigma predominante no sistema penal de reinserção social dos presos. Para Wacquant (2004), a missão de "reinserção" ficou reduzida a mero *slogan* vazio e cruel.

A Anistia Internacional (2008) relatou que os maus-tratos e as precárias condições sanitárias continuam a marcar o sistema penitenciário nacional. Isso porque, formam os cenários das prisões: celas muito pequenas, construções mal conservadas, dependências sem iluminação e ventilação, áreas semidestruídas e sujas. Acresce que a assistência jurídica e de saúde aos presos são deficientes. Mulheres e deficientes mentais são os mais afetados pelas carências do sistema prisional, pela precariedade da estrutura das prisões e pela falta de atendimento às suas necessidades específicas. Na maior parte das prisões brasileiras, os serviços internos ao cárcere são alvos de críticas dos detentos pela ausência de profissionais habilitados para o exercício de determinadas funções. Em contrapartida, as condições de trabalho no sistema penitenciário são precárias, visto que a estrutura física e administrativa dos presídios é problemática, os salários são baixos e existem altos níveis de corrupção por parte do setor administrativo dos sistemas penitenciários estaduais.

Durante a década de 90, aumentou de forma acentuada a atuação de grupos criminosos que atuam dentro e fora das prisões. O crescimento das taxas de violência no país é fruto, em grande medida, da emergência e da disseminação do crime organizado, em especial, em torno do tráfico de drogas, fenômeno intensificado nos anos 1980 (ADORNO, 2006). A ação desses grupos faz com que os níveis de tensão se elevem, ocasionando o aumento de rebeliões, bem como o de mortes de detentos provocadas por conflitos entre os próprios presos.

---

1. Depoimento retirado do relatório de visitas redigido por membros da Associação pela Reforma Prisional, Universidade Candido Mendes, a partir da fiscalização da Casa de Custódia Moniz Sodré. Disponível em: [www.arp.org.br/relatorios_princ.php]. Acesso em: 20.11.2009.

As discussões que envolvem o ambiente prisional pairam, de forma geral, sobre os presos e a administração penitenciária. Os familiares de detentos, em raras ocasiões, se tornam focos de estudo e reflexão. Entretanto, o encarceramento impacta a vida do familiar de preso: deterioração da situação financeira, desagregação das relações de amizade e de vizinhança, enfraquecimento dos vínculos afetivos, distúrbios na escolaridade dos filhos, entre outras formas, recaem como um fardo aos familiares (WACQUANT, 2004).

Torna-se importante analisar esse grupo de pessoas, entre outras razões, porque exercem articulações significativas entre o mundo prisional e a vida além muros. Ou seja, os familiares de presos constituem uma mediação que permite superar a distância entre o cárcere e o mundo exterior. Impossibilitados de trazerem os internos para a casa, os familiares tentam levar a casa até os presos mediante a transferência de atividades íntimas para dentro dos muros da penitenciária. Nesse sentido, a instalação correcional se desdobra em um "satélite doméstico" (COMFORT, 2004), por abrigar refeições familiares e encontros íntimos entre os presos e suas companheiras.

O sistema penitenciário brasileiro é marcado pela atuação de grupos criminosos. Quais são as consequências aos familiares de presos da ação desses grupos nas unidades carcerárias? Existem regras dessas organizações criminosas voltadas aos familiares de presos? Caso existam normas extralegais direcionadas a esses atores, qual o impacto de suas aplicações aos visitantes do sistema penal?

A fim de responder tais questões, o objetivo geral deste trabalho é analisar as narrativas de visitantes do sistema penitenciário do Rio de Janeiro a respeito da aplicação de regras formais e informais voltadas a eles. Os objetivos específicos são:

1. Elaborar um quadro de referência teórico a respeito dos familiares de presos, a fim de possibilitar uma maior compreensão sobre os visitantes do sistema penal;

2. Estudar a existência de regras formuladas pelos presos voltadas aos familiares de presos;

3. Analisar os efeitos da aplicação das normas extralegais nos familiares de presos.

2. METODOLOGIA

O trabalho foi iniciado pela identificação e análise exploratória da produção bibliográfica e documental pertinente. Desse modo, foram levantados artigos,

livros, publicações em geral, folhetos, resenhas, manuais, legislações ou quaisquer documentos que fornecessem informações sobre a temática dos familiares de presos e sobre a atuação de grupos criminosos no sistema penitenciário.

Em um segundo momento, a pesquisa qualitativa se efetivou mediante o contato com os familiares de presos que participaram de uma Oficina de Direitos Humanos desenvolvida na cidade do Rio de Janeiro voltada aos parentes de presidiários. Esse projeto, realizado por três organizações da sociedade civil, constitui-se por reuniões marcadas por dinâmicas de grupos com vistas a discutir temáticas relacionadas à Segurança Pública, ao Sistema Penitenciário e à atuação dos órgãos do Sistema de Justiça Criminal. O método de pesquisa desenvolvido para acompanhamento desse projeto foi o da observação participante, de forma que assistimos e participamos das reuniões e dos grupos de discussões estabelecidos nestas ocasiões. Além disso, realizamos entrevistas semiestruturadas com os familiares de presos participantes desse projeto, coletando informações sobre as revistas realizadas nas unidades prisionais.

Para além do contato com os familiares de presos da Oficina, criamos, por intermédio de outras fontes, relações com algumas pessoas que tinham membros da família cumprindo pena restritiva de liberdade no Rio de Janeiro. Fazemos parte de pesquisas sobre Sistema Penitenciário, Segurança Pública, Sistema de Justiça Criminal e Violência Urbana. A partir de um desses projetos de pesquisa,[2] conseguimos entrar em contato com alguns familiares de presos. Nessa etapa da pesquisa, utilizamos o método denominado "bola de neve", constituindo contato e entrevistando um familiar de preso, que nos indicou outro, que, por sua vez, nos orientou a conversar com um terceiro parente de preso.

Também procuramos nos relacionar com os parentes de presos que formavam as filas na porta central de um Complexo penitenciário da cidade do Rio de Janeiro, nos dias de visita. Especificamente, fizemos observação das filas formadas em frente à entrada principal do Complexo de Gericinó. Esse Complexo é composto por 12 penitenciárias, dois presídios, dois Institutos Penais, três cadeias, três hospitais, um sanatório penal e uma unidade materno-infantil. Portanto, por Gericinó abranger um grande número de instituições carcerárias, tivemos uma perspectiva geral da dinâmica das filas de familiares de presos formadas em dias de visitação no local.

2. Programa de Redução da Violência Letal, coordenado pelo Observatório de Favelas em parceria com o Laboratório de Análise de Violência da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Unicef e Secretaria Especial de Direitos Humanos.

Finalmente, realizamos entrevistas semiestruturadas com assistentes sociais da Secretaria de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro (Seap), com vistas a entender o funcionamento do sistema penitenciário e compreender a dinâmica de visitação nas unidades prisionais estaduais.

3. FAMILIARES DE PRESOS: QUADRO DE REFERÊNCIA

Segundo Durkheim (2004), se a coesão social depende da conformidade individual a um código moral coletivo, as condutas desviantes em relação às determinações normativas da consciência coletiva agridem a ordem social e evocam a repressão penal. A ordem legal repressiva tem como base a reafirmação da força e da estabilidade dos laços de lealdade e solidariedade que unem a consciência individual à sociedade. Portanto, o castigo não apresenta outra consequência que não seja a reafirmação dos princípios morais constituintes da sociedade.

Rompendo com a perspectiva durkheimiana, a corrente interacionista simbólica se preocupou em analisar a criminalização de comportamentos sociais, partindo do suposto de que a noção do outro ressalta a diferença na vida social, à medida que esta se efetiva através da dinâmica das relações sociais. A diferença torna-se a base da vida social e a fonte de permanente tensão e conflito. Há a negociação da realidade, a partir das diferenças resultantes do sistema de interações sociais sempre heterogêneas e com potencial de conflito. A sociedade não é estática e acabada, ela é algo que acontece e que está acontecendo (MORAES FILHO, 1983). Ela deixa de ser uma substância, ou qualquer outra coisa concreta, e se torna um acontecimento (SIMMEL, 2006).

Essa perspectiva simmeliana fundamentou a chamada teoria do rótulo. Alguns sociólogos contemporâneos repensam a discussão durkheimiana sobre o desvio. Para tanto, eles buscaram formular um método de pesquisa cujo objetivo é desenvolver uma micro-sociologia do significado, baseada nas perspectivas da filosofia fenomenológica.

A abordagem do rótulo analisa as maneiras pelas quais são criadas as definições sociais e as maneiras como são formadas as regras. Essa perspectiva levou sempre em consideração os processos de interação entre os indivíduos e as organizações, incluindo agências de controle social que desenvolvem conceitos de desvio. O tema chave dessa análise do rótulo tem sido a concepção do desvio como *status* atribuído. Dessa maneira, determinados atos não se classificam sozinhos como desviantes, pois, para que certo comportamento seja socialmente apreendido como tal, torna-se necessária a ativação dos mecanismos de definição social. No entanto, não é possível pensar que o rótulo de desvio

seja resultado exclusivo do entendimento dos órgãos oficiais. Ele também reflete padrões e processos de definição desenvolvidos pelos indivíduos no meio social.

Nesse sentido, não existe alguém que seja criminoso ou desviante em princípio. São os próprios grupos sociais que criam o desvio ao fazer regras cuja infração se constitui como tal. Assim, o desvio não é um ato particular, mas uma consequência da aplicação por outras pessoas de regras e sanções a um transgressor. Cumpre também ressaltar que o desvio não é uma simples qualidade presente em alguns tipos de comportamentos e ausente em outros. Ele é resultado de um processo que implica reações das outras pessoas frente a certa conduta. Desse modo, determinado comportamento pode ser analisado como uma infração às regras em um dado contexto e não em outro. A atitude de uma pessoa pode ser vista como uma transgressão, no entanto, se esse mesmo comportamento for realizado por outro indivíduo, ele poderá deixar de ser analisado como desviante. Em suma, Becker (2008), um dos representantes da escola do rótulo, afirma que o fato de um comportamento ser desviante ou não depende em parte da natureza do ato em si e em parte da opinião das pessoas a seu respeito.

"(...) os grupos sociais criam desvio ao fazer regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como *outsiders*. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um infrator. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal" (BECKER, 2008: 22).

Há um embate entre os diferentes grupos sociais para tornar "normais" certas regras e "desviantes" determinados tipos de comportamentos. Conforme visto na citação acima, o desvio não é uma qualidade intrínseca a determinada conduta, já que este surge da interação entre a pessoa que o comete e aqueles que reagem perante ele. Assim como o desvio não é uma entidade estática, sendo, ao contrário, concebido como resultado de processos dinâmicos de interação social que o modelam e remodelam. Ele é uma transação desenvolvida por um grupo social que analisa determinado indivíduo como transgressor das regras. Portanto, para que um ato seja desviante depende de como as pessoas reagem frente ao mesmo.

O grau no qual um ato será tratado como desviante depende de quem o comete e de quem se sente ofendido em relação a ele. Conforme Becker (2008), as regras tendem a ser aplicadas mais a certas pessoas do que a outras, porque a imposição das normas sociais está relacionada às características dos seus des-

tinatários. Trazendo essa perspectiva ao presente trabalho, ainda que determinada pessoa não tenha cometido um crime, ela pode ser vista como desviante por certos grupos sociais. Os parentes de presos, por terem um membro da família condenado, são vistos como transgressores por determinados indivíduos. Nos dias em que as famílias, os advogados, ou qualquer outra pessoa externa à penitenciária podem visitar os presos, se tornam uma ameaça ao controle institucional. Essas pessoas são analisadas como intermediárias entre o sistema penal e a vida além dos muros, podendo "contaminar" os preceitos institucionais com os valores trazidos do lado de fora dos presídios. Com isso, intensifica-se o controle institucional não só dos detentos, como também dos seus familiares.

Os membros de um grupo desviante, no caso os familiares de presos, têm uma característica em comum: seus desvios. Ou seja, pessoas rotuladas por determinado desvio compartilham o sentimento de destino comum, de viver sob circunstâncias semelhantes. A partir desse sentimento de destino comum pode expandir-se uma subcultura desviante, criando-se um conjunto de perspectivas, modos de entender o mundo e maneiras de como enfrentá-lo. Segundo Becker (2008), o pertencimento a tal grupo cristaliza uma identidade desviante. Desse modo, o indivíduo pode assimilar o rótulo e utilizá-lo como identidade social. Certas pessoas o fazem de maneira racionalizada, neutralizando as práticas tidas socialmente como desviantes. Outros indivíduos podem assimilar o rótulo de forma menos racionalizada, desenvolvendo a atitude de um repúdio geral às regras morais e instituições convencionais. Apesar de fazer parte da identidade social do indivíduo, o rótulo está ligado diretamente a uma prática ou a uma ação. A contribuição do trabalho de Becker (2008) é justamente a ideia de que as relações sociais são as criadoras do desvio e não o indivíduo em si.

Para além do rótulo exposto por Becker (2008), como seria possível compreender os familiares de presos? Segundo Comfort (2003), esses atores assumem um *status* de quase-condenados, visto que essas pessoas experimentam, no contato com a instituição prisional, constrangimentos pessoais e impactos estigmatizantes. O simples ato de entrar como visitante em um estabelecimento prisional sujeita o familiar de preso a um processo de "prisionização secundária" (COMFORT, 2003). Esse processo é resultado de uma versão mais fraca, mas ainda assim persuasiva, da vigilância centralizada e da limitação corporal que atinge os internos das unidades carcerárias sobre os familiares de presos. Para Comfort (2007), passar muitas horas da semana dentro da prisão, sujeitos à fiscalização e ao controle das autoridades penais, gera impactos no familiar de preso. Com o tempo, essas pessoas mudam suas rotinas para adequá-las aos

dias de visita, transformam suas formas de vestir para se conformar às regras das prisões, adotam o jargão penitenciário em suas vidas.

Com esta tendência a "cumprir pena junto", os familiares de presos e os internos criam sentimentos de proximidade e pertencimento dentro de um contexto segregado e controlado. Assim, para Comfort (2007: 1055), essa "dualização voluntária do corpo condenado", que sofre os castigos da prisão, reforça a "prisionização secundária" das pessoas que não estão encarceradas, submetendo-as ao intenso escrutínio e domínio penais.

"A mulher, a parceira, a amiga, a namorada, elas fazem mais do que suportar a prisão: elas partilham-na. No seu pensamento, no seu coração, na sua carne, na sua vida como mulheres" (MAKSYMOWICZ, 2000 apud COMFORT, 2007: 1055).

A "prisionização secundária" faz com que determinados atores se tornem potencialmente "suspeitos" e "ameaçadores" por terem algum membro da família cumprindo pena restritiva de liberdade. Além do contato com o sistema prisional, os familiares de presos podem apresentar condições de inscrição social que ampliam a suspeita e o sentimento de ameaça por outros grupos. Grande parte dos familiares mora em espaços populares, é pobre, possui baixa escolaridade etc. Então, há a tendência a uma incriminação preventiva com base nas características sociais que lhes são atribuídas (MAGALHÃES, 2006). Essa ampliação do rótulo gera o que Coelho (2005) denominou de "criminalização da marginalidade".

"(...) são criados os mecanismos e procedimentos legais pelos quais se tornam altas as probabilidades empíricas de que os marginais cometam crimes (no sentido legal) e sejam penalizados em consequência (ou, inversamente, reduzem-se as probabilidades empíricas de que grupos de status socioeconômico alto cometam crimes, ou sejam penalizados por suas ações legais). Por essa forma, dá-se a criminalização da marginalidade" (COELHO, 2005: 285).

4. APLICAÇÃO DE REGRAS EXTRALEGAIS AOS FAMILIARES DE PRESOS

Segundo Sykes (1999), os internos de unidades prisionais desenvolvem organizações próprias que formam uma espécie de "sociedade dos cativos". Esse tipo de sociedade articula papéis distintos – "políticos", "agressores", "comerciantes" etc. – que não só orientam os comportamentos individuais, como também os canalizam com vistas à manutenção de compromissos coletivos dentro das penitenciárias. Formam-se códigos de conduta cuja função é prescrever o recurso às "autoridades" informais para resolução dos conflitos entre os presos, institucionalizando o uso da força e da violência entre eles.

Essa "sociedade dentro da sociedade" se forma a partir do isolamento da massa carcerária e se estabelece como forma propícia ao desenvolvimento de processos de conversão dos internos a uma perspectiva criminosa (PAIXÃO, 1987). Os códigos e valores da "sociedade dos cativos" devem ser incorporados na identidade de todos os presos. Para Coelho (1987), forma-se um processo de transformação comportamental entre os detentos, que "cria uma segunda prisão". O interno se torna um cativo da "sociedade dos cativos". Os padrões de conduta formulados pelos presos incidem de forma mais direta no cotidiano das prisões do que as determinações da administração penitenciária. Ramalho (1983) aponta que as leis da "massa", formuladas pelos internos, disputam com as leis oficiais. A "massa" implica um "proceder" que confronta, em muitos momentos, as regras da cadeia com as leis da justiça penal brasileira.

O conjunto de normas prescrito pelos internos significa um processo de "desinstitucionalização da disciplina" (FOUCAULT, 1997). A disciplina é um tipo de poder que abarca todo um "conjunto de instrumentos, técnicas, procedimentos, de níveis de aplicação, de alvos" (FOUCAULT, 1997: 177). No momento em que é construído um código de conduta estabelecido pelos presos, desenvolve-se um novo tipo de disciplina, de poder, paralela e, em diversas situações, concorrente com a formalmente regulamentada. Conforme Wacquant (2004), para muitos presos implicados ligeiramente em atividades ilícitas, a prisão se constitui como uma escola de formação para não dizer de "profissionalização" na carreira do crime. O funcionamento dos presídios caracteriza-se pela disjunção entre a pena proferida pelo discurso judiciário e a que é de fato aplicada, dando margem ao desenvolvimento dessas organizações estabelecidas pelos presos.

No Rio de Janeiro, o sistema prisional está marcado pela divisão em facções criminosas. Tal fato é fruto da ação de diversos grupos criminosos para além dos muros da prisão. Até a década de 80, o mercado informal ilegal no Rio de Janeiro era dominado pelo jogo do bicho (MISSE, 2007). Ao final da década de 70, o tráfico de cocaína começou a ganhar força no estado, sendo que a sua comercialização passou a ser efetivamente controlada por uma rede de quadrilhas denominada pela imprensa de "Comando Vermelho". Segundo Misse (2007), o período seguinte foi marcado pela decadência do controle externo do Comando Vermelho sobre diversas áreas do tráfico de drogas e pela segmentação do território, havendo constantes conflitos entre diferentes grupos que buscavam consolidar domínios nesse mercado informal ilegal. Formaram-se, pois, diferentes "comandos" do tráfico de drogas no Rio de Janeiro, que atualmente são, principalmente, o Comando Vermelho, o Terceiro Comando e o Amigo dos Amigos. Essas facções também dominam o sistema penitenciário estadual.

A ação dos grupos criminosos no sistema penitenciário do Rio de Janeiro impacta os dias de visitação? Antes de responder a essa pergunta, gostaria de mostrar, a partir da narrativa abaixo, como um familiar de preso encara os dias de visitação. Ele afirma que o ambiente do cárcere é "horrível" e apenas a pessoa que "ama" muito os seus parentes presos vai visitá-los. É necessária muita resistência emocional para frequentar o sistema penitenciário estadual.

"É um ambiente horrível. Não tem como. Ali é um lugar que só vai quem ama. Ali, eu te falo, ali é um lugar horrível. Às vezes a gente censura: Pô, mas fulano ta lá. Mãe não vai, pai não vai. Mas não é. Ali, você tem que tá muito preparada psicologicamente pra ir ali, entendeu? É um constrangimento, é pra tudo. Pras coisas que você leva. Pras coisas que você passa. Constrangimento" (irmã de preso).

As mães, as esposas, as filhas, as irmãs etc. buscam reforçar os laços familiares, apesar de estarem submetidas ao escrutínio do cárcere.[3] A mulher assume o papel de cuidar do seu parente preso, tomando para si a tarefa de fornecer apoio emocional abundante ao membro da sua família encarcerado. Esta tendência de "cumprir pena junto" possibilita que os familiares de presos e os internos criem sentimentos de proximidade e pertencimento dentro de um contexto segregado e controlado.

Essa escolha feita pelos familiares de presos em realizar as visitas, bem como em manter os laços familiares, está mediada, entre outros sentimentos, pela afetividade. Segundo Fajans (2006), a autonomia e a interação apresentam qualidades afetivas, de maneira que estão associadas a um conjunto de emoções que media as relações entre indivíduo e sociedade. Tais emoções se tornam incorporadas em esquemas ou padrões de ação cuja apreensão ocorre na interação direta com o ambiente, sendo que as emoções são componentes dos desejos e motivações individuais, estimulando as ações (FAJANS, 2006). En-

3. A passagem da mulher cônjuge, dona de casa em tempo integral, para a trabalhadora assalariada em tempo integral enfraqueceu os alicerces do modelo de família assentado na ética do provedor (OLIVEIRA, 2005). Mas, apesar disso, a função de provedor continua sendo associada, no plano simbólico, ao papel de pessoa de referência da família. Como esse papel é de atribuição do homem, a função de provedor continua também expressando a figura masculina. Então, em grande parte das famílias ainda se estabelece uma divisão de trabalho básica: a mulher apresenta o papel de educar, zelar, cuidar dos membros de um lar, ainda que possua trabalho fora do ambiente doméstico. Em contrapartida, o homem assume, na maioria das vezes, o papel de provedor das necessidades familiares, através da consecução do trabalho assalariado no espaço público. E, tal configuração se estende ao ambiente prisional.

fim, com o intuito de garantir a manutenção dos liames familiares, de manter os laços de afetividade com seus parentes presos, os visitantes do sistema penal se submetem às regras do contexto prisional, embora estas sejam hostis.

Em Gericinó, são formadas duas filas diferentes nos dias de visita: a primeira formada na porta central do complexo penitenciário e a segunda formada nas entradas das unidades prisionais no interior de Gericinó. Na segunda fila, onde a espera é mais demorada, os parentes de presos criam vínculos de convivência mais fortes entre si, mas isso não gera rixas entre membros de diferentes facções. A mãe de um detento afirmou que os dias de visita são destinados exclusivamente para ver o parente preso. Com isso, não são levadas em consideração as facções ou as áreas em que moram os diferentes parentes que compõem as filas nas portas dos presídios. O familiar não diferencia o outro visitante por este morar em área do Comando Vermelho, por exemplo. Uma espécie de "solidariedade" é desenvolvida nos dias de visitas, já que todos os familiares estão em uma mesma situação, "no mesmo barco".

"(...) nós queríamos visitar os nossos filhos. Não queria saber de Comando Vermelho, nem de Terceiro Comando. Então lá nós éramos solidárias umas às outras. Uma sempre comentava o que aconteceu com o filho, porque que o filho tava ali" (mãe de preso).

Ainda que não exista um clima de rivalidade entre os familiares de presos, a administração penitenciária toma algumas precauções baseadas na rivalidade entre os internos: nos presídios compostos por distintas facções criminosas, os dias de visitas para presos de diferentes facções são diferentes. Por exemplo, determinado dia da semana corresponde ao período de visita dos presos que compõem o Comando Vermelho, enquanto outro dia diz respeito à visitação dos presos pertencentes a facção Amigos dos Amigos.

Para além dessa segregação entre facções na definição dos dias de visita, existem regras formuladas pelos presos e, de certa maneira impostas pela administração penitenciária, que precisam ser respeitadas pelos familiares. A mulher não pode ir ao presídio de calça com "cintura baixa", pois, caso contrário, suas roupas íntimas, a calcinha, poderiam ficar a mostra para os outros presos. Então, enrola-se um lençol em torno do quadril evitando tal constrangimento dentro do cárcere. "Mulher tem que sentar e botar o lençol aqui (na cintura), não pode ficar dando palhinha de calcinha" (Companheira de preso).

Os familiares de presos também não podem usar trajes vermelhos em dias de visita, porque a facção Comando Vermelho é identificada por esta cor. Para evitar conflito entre detentos e familiares de diferentes grupos criminosos, a direção das unidades e os presos proíbem a entrada nos presídios com vestes vermelhas. Também, são proibidas roupas decotadas, transparentes, curtas e que deixam à mostra partes do corpo. Os presos afirmam não querer incitar ci-

úme entre os internos no caso de a companheira de certo detento ser cobiçada por outro preso.

Quando o familiar comparece às visitas com roupas inadequadas os presos impõem sanções ao visitante, como proibi-lo de encontrar seu parente preso e ameaça-lo em sua segurança. Além de punir o familiar, a "sociedade dos cativos" penaliza o preso cuja família desrespeitou as regras extralegais. Essa penalização varia desde uma simples advertência, até uma sanção bastante radical como a morte.

"Às vezes eu ficava com raiva, porque eu tava assim, olhando, aí meu irmão dizia assim: 'pára de olhar irmã, se você continuar olhando assim, dá caô' [problema]. Eles chamam de caô. 'Se não dá maior caô lá dentro'. Aí eu dizia: 'mas eu não sou mulher de ninguém, não'. Seu eu fosse mulher de preso (...) 'Mas não pode, minha irmã, assim quem vai ser chamado lá dentro sou eu'. Realmente, não pode" (irmã de preso).

Os agentes penitenciários ajudam a impor as regras informais aos familiares de presos nos dias de visita. Diversos foram os momentos em que vi em Gericinó pessoas "barradas" nas portas dos presídios pelos agentes penitenciários por não estarem vestidos com uma roupa considerada "adequada" ao dia de visita. Nessas situações, o familiar tinha de ir até o portão principal do complexo penitenciário e pedir para alguma pessoa emprestar uma roupa mais condizente aos padrões estipulados. Caso não conseguisse uma nova roupa, teria de voltar para casa sem ter realizado a visita. Notei que muitas mulheres saíam das unidades prisionais aos prantos, nervosas e frustradas por não terem visto seus parentes presos. Algumas vinham conversar comigo bastante transtornadas, me pedindo para ajudá-las a encontrar uma roupa apropriada.

A violência baseada na imposição das regras extralegais é incorporada pela estrutura de relações estabelecidas no sistema prisional, de maneira que os familiares de presos quase não falam sobre isso, apesar de expressarem recorrentemente esse contexto em suas práticas. Torna-se mais comum ver esses atores usando roupas de cores neutras, que "não chamam a atenção", por exemplo, a escutá-los mencionando e indagando sobre as regras extralegais formuladas pelos detentos. Nota-se uma espécie de absorção mútua entre a violência e o ordinário (DAS, 2007). Para Das (2007), um evento extraordinário está sempre ligado ao normal como se houvesse tentáculos que o estendem e o ancoram de algumas formas específicas ao cotidiano.[4] Tendo tal perspectiva em vista, o dia a dia dos familiares de presos está permeado pela violência das prisões. E, mui-

4. De fato, a autora trata da temática violência e subjetividade a situações extraordinárias, como, por exemplo, a Partição da Índia. Entretanto, o familiar de preso, em

tas de suas práticas e à maneira como obedecem a regras informais impostas pelos internos mostram que eventos "fora do comum", típicos de situações de violação e violência, se tornam corriqueiros no cárcere.

Estabelece-se uma "violência simbólica" (BOURDIEU, 2010). Esta se institui pela adesão do dominado (familiar de preso) ao dominante (preso e administração penitenciária), de maneira que a relação de dominação é incorporada e passa a ser vista como natural por ambos os atores. Em outras palavras, os dominados aplicam categorias construídas do ponto de vista dos dominantes nas relações de dominação, fazendo-as assim serem vistas como naturais (BOURDIEU, 2010). O choro, a frustração e o nervosismo denotam a falta de contestação em relação às normas e, portanto, a obediência dos familiares a elas.[5]

Boa parte dessas situações envolvendo os visitantes do sistema penal é fruto de rixas entre eles e os agentes penitenciários. Em entrevistas, escutei que, se o agente não tivesse "ido com a cara" de determinado visitante, independente da razão, o dia de visita poderia ser perdido e o familiar deveria "voltar para casa". A mulher de um preso me informou que costumava conversar alto durante os dias de visita com outros familiares nas filas. O agente não gostava dessa sua atitude e, em certo dia, não permitiu que ela realizasse a visita, dizendo que a mulher "jogava conversa fora" em frente ao portão do complexo de Gericinó com outros familiares e, por isso, chegava tarde ao presídio para fazer a visitação. Nesse contexto, o Estado reforça e legitima a ação das organizações criminosas dentro do sistema penal do Rio de Janeiro. Para além disso, a aplicação das normas extralegais pode ser feita de modo diferenciado, em contextos semelhantes, tanto pelos presos quanto pelos funcionários da administração penitenciária. Ou seja, caso sejam "mal vistos" por internos e pelos agentes penitenciários, o familiar de preso ou o detento podem receber um tratamento distinto ao auferido a um visitante ou preso "bem quisto" pela comunidade carcerária.

O familiar de preso acaba "aprendendo" como deve se portar durante a visita. No entanto, esse processo de aprendizado é constante, já que as regras

---

contato com o sistema prisional, se depara com situações de violação, tal como pode ser analisado com a imposição de regras extralegais.

5. Cumpre ressaltar que, para além da relação de dominação estabelecida no interior dos presídios, as mulheres são dominadas pelos homens por sua condição feminina em si. Segundo Bourdieu (2010), a diferença biológica entre os sexos, ou seja, entre o corpo masculino e feminino, e, especificamente, a diferença anatômica entre os órgãos sexuais pode ser vistas como justificativas naturais para a distinção socialmente construída entre os gêneros e, principalmente, da divisão social do trabalho.

são periodicamente reformuladas e aplicadas de modos diferenciados em contextos semelhantes.

"Você aprende, você acaba aprendendo. É muito tempo ali, você acaba aprendendo. Porque tudo você é chamado. Eles têm a hierarquia deles. Tudo você é chamado (...)" (companheira de preso).

Quando se deparam com diversas normas, muitas delas aplicadas pelos detentos e pelos agentes penitenciários de formas diferenciadas, os familiares de presos entram em uma espécie de insegurança.[6] O comportamento desses atores fica pautado por regras intercambiáveis, flexíveis e pouco previsíveis. Sem segurança, instaura-se uma espécie de caos para os familiares de presos que não se constitui como uma mera desorganização, mas também como uma perda do sentido da realidade das coisas e das pessoas. Isso porque, como as normas são rotineiramente modificadas, os visitantes do sistema penal entram em um estado de ansiedade. Apesar de "aprenderem" as normas informais dos presídios durante a rotina de visitas, esses atores precisam a todo o momento ficar atentos às súbitas mudanças de aplicação de tais regras, em uma posição de contínua espreita. No contrário, ao desobedecerem essas normas, eles não conseguem visitar seus parentes presos, rompendo-se o objetivo de garantir a manutenção dos laços familiares durante o cumprimento da restrição de liberdade de certo parente. Ou ainda, seus parentes presos podem receber algum tipo de retaliação no cárcere por parte dos outros presos.

Dentro de cada unidade prisional existe um "presidente" cuja função é resolver os problemas existentes na prisão. Caso se sentirem injustiçados e tiverem reclamações a fazer por causa de agentes penitenciários ou por causa dos presos, os familiares podem recorrer ao "presidente da cadeia", que buscará resolver essas questões de acordo com as regras da "sociedade dos cativos".

"Se você é maltratado na fila, até pelo Desipe, entro, vou no presidente da cadeia e faço queixa. Eles são nomeados, então sempre tem um líder. Eles (os presos) escalam o presidente da cadeia. Então, o presidente que é responsável" (companheira de preso).

Então, os familiares de presos apenas conseguem negociar a aplicação de determinadas regras informais do sistema penal quando recorrem ao "presi-

6. Para Giddens (2002), a noção de segurança ontológica liga-se intimamente ao caráter tácito da consciência prática, isto é, a "atitude natural" na vida cotidiana. O hábito, a rotina e a previsibilidade desempenham um papel fundamental na construção de relações sociais, já que possibilitam que pessoas "sigam em frente" nas diversas situações da vida.

dente" da cadeia sobre certa decisão tomada por um agente penitenciário ou por algum detento. Nessas situações, apesar da imprevisibilidade da aplicação das normas extralegais, o familiar sai da posição de passividade em relação à execução de tais regras e consegue, pois, barganhar seu uso dentro da prisão. A insegurança persiste, todavia o familiar passa a ter uma posição relativamente ativa no processo de aplicação das normas.

O detento é responsável por sua respectiva família e, com isso, precisa fic. atento para ver se suas visitas estão obedecendo adequadamente às regras da "sociedade dos cativos". Já os outros internos não podem se envolver com as questões tipicamente familiares, a não ser que estas violem as regras informais elaboradas pela população carcerária. Ou seja, se existir determinado problema relacionado à família de um preso, o condenado o resolverá de acordo com seu entendimento, sem necessitar do crivo da "sociedade dos cativos".

"(...) ele (o preso) deu uma surra na mulher, que a mulher saiu de lá toda marcada. Porque ele soube que ela foi pro baile aqui fora, entendeu? Então contaram pra ele lá dentro. Ligaram pra ele e falaram que a mulher dele tava no baile. Quando ela chegou na visita, ele enfiou a porrada nela. Ela saiu toda machucada. Não sei o que deu. Não sei se ele foi pro castigo, porque normalmente vai pro castigo, né. (...) Em briga de mulher os presos não se mete. Família eles não se mete. Se for mulher, eles não se metem. Irmã, eu não sei. Mas com mulher, não. Mulher eles não se mete, não. Se o marido quiser bater na mulher, lá, lá dentro lá, bate e eles nem se mete. Com mulher eles não se metem, mas com o resto, eles se metem. Aí eles só querem saber o porquê. Eles não querem assim, que faça coisa pra prejudicar, tanto que esse menino parou até a visita. Ele tava batendo e ela tava gritando. (...)" (irmã de preso).

Conheci uma mulher cujo marido estava condenado a cumprir 35 anos de pena por ter matado um Policial Militar em uma favela carioca. Após a prisão do marido, ela começou a passar por dificuldades financeiras, pois não tinha um emprego que garantisse seu sustento e o de seus dois filhos pequenos. Durante alguns meses, o marido remeteu à mulher o dinheiro que conseguia levantar dentro da penitenciária,[7] porém, em outros períodos, ele não a ajudava financeiramente. Para sustentar a família, a entrevistada me contou que se

7. Essa mulher não explicou de que maneira o marido arrecadava dinheiro dentro do cárcere. Existem formas legais de o preso ganhar dinheiro no sistema penal, por meio de atividades relacionadas à Fundação Santa Cabrini. Além de render o pecúlio, esse trabalho é necessário ao processo de remição de pena. No entanto, existem formas ilegais para arrecadar dinheiro durante o cumprimento da pena, por meio das ações de facções relacionadas ao tráfico de drogas. Nessas situações em que o familiar rece-

prostituía em bordéis localizados em cidades do interior do estado do Rio de Janeiro. Tinha o cuidado de não se prostituir em lugares próximos de onde morava, porque temia que conhecidos a vissem e avisassem ao marido o tipo de trabalho que ela estava desempenhando. Ao ser perguntado qual seria a reação do marido ao saber que ela se prostituía, a mulher informou que ou iria apanhar muito no dia em que fosse visitá-lo, ou ele pediria para alguém matá-la fora do presídio. Nenhum preso iria intervir se ela fosse violentada em um dia de visita. Essa questão compete restritamente ao preso, não devendo receber intervenção de pessoas externas à família.

A partir da década de 70, há o processo de politização em escala local e global da "violência contra a mulher", que está sendo produzido nos movimentos de organizações feministas, nas conferências de direitos humanos, na produção acadêmica de gênero, na formulação de políticas públicas e na elaboração de leis voltadas às mulheres – tal como, no caso brasileiro, a lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). No Brasil, as discussões feministas, elaboradas entre o final da década de 70 e início da década de 80, resultaram na criação das, entre outras instituições e políticas, Delegacias de Atendimento à Mulher (Deam). Essas instituições policiais auxiliaram a consolidação e institucionalização do combate de "violência contra mulher", garantiram a visibilidade e expressividade de políticas públicas de cunho feministas e constituíram a primeira política pública de gênero na área de segurança pública (PASINATO, 2004).

Diante desse contexto de elaboração e consecução de políticas públicas de gênero, percebe-se a tendência de a violência contra a mulher ultrapassar o espaço privado e pessoal, para se lançar ao âmbito público e institucional. Entretanto, indo de encontro a esse processo de institucionalização e publicização da violência de gênero, os internos acreditam que as suas questões conjugais devem ser resolvidas dentro de um âmbito puramente privado.

De forma geral, as relações familiares são desenvolvidas dentro do "mundo privado", em ambientes de intimidade, em situações domésticas. Nessas situações, o privado se torna o refúgio da intimidade. Entretanto, quando o familiar de preso cumpre a pena "junto" com o detento, a fim de garantir a manutenção dos laços domésticos, leva ao âmbito público, ao cárcere, práticas típicas da esfera privada, do lar. Entretanto, as fronteiras clássicas entre o público e o privado são apagadas nas prisões, se tornando irreconhecível o significado de ambos os termos. Os dois espaços se entrecruzam sem cessar, numa e noutra

---

be do preso o dinheiro angariado com atividades do tráfico, ele, mais uma vez, se insere e se beneficia da corrupção e ilegalidade estabelecidas no sistema penal estadual.

direção: "não só o íntimo/privado sairia de seu caminho invadindo territórios alheios, mas também o público (...) não alcançaria o tempo todo o estatuto da visibilidade" (ARFUCH, 2010: 96). De acordo com Arfuch (2010), essa extrapolação do privado no público coloca em evidência a articulação entre o individual e o social, da relação entre o "eu" e o "nós", na medida em que as vidas privadas excedem os sujeitos para aparecer como terrenos de manifestações de modelos, condutas.

Os familiares de presos asseguram que "em briga de marido e mulher" os detentos não intervêm, "não metem a colher", com o intuito de resguardar a esfera privada do preso e de sua companheira. Entretanto, há um intercâmbio entre a vida privada do casal e a vida pública da cadeia. Nenhuma medida é adotada pelos presos ou pela administração penitenciária para cessar com essa situação de violência, contudo, as práticas da "vida privada" dos casais fazem parte da "vida pública" da prisão. Novamente, não há a fronteira clássica entre o público e o privado, já que essa distinção se torna inexistente no cárcere.

Em suma, passar muitas horas da semana dentro da prisão, sujeitos à fiscalização e ao controle das autoridades penais, gera impactos ao familiar de preso. Os presos e a administração penitenciária a todo o momento buscam controlar os corpos e hábitos dos visitantes, disciplinando-os de acordo com os preceitos da "sociedade dos cativos". Para os familiares de presos, a forma de mostrar afeto aos detentos se molda ao contexto prisional e, por isso, tais atores respeitam as regras formuladas pelos presos para manter as relações familiares no cárcere.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diversas normas formuladas pelos detentos aos visitantes do sistema penal afetam o cotidiano das prisões. Não só transformam a rotina de visitas, mas também afetam a própria subjetividade dos parentes de presos, que modificam determinadas práticas para conseguirem garantir a manutenção de laços familiares enquanto um parente cumpre pena restritiva de liberdade em uma unidade prisional do estado do Rio de Janeiro. A mulher, sobretudo, é quem assume o papel de cuidar do detento, tomando para si a tarefa de fornecer apoio emocional abundante ao membro da sua família encarcerado. Afetividade esta mediada pelo escrutínio do sistema prisional.

Os familiares de presos aprendem as normas extralegais formuladas pelos detentos, as respeitam e, em poucas situações, contrariam as suas aplicações durante as visitas. Elas se tornam tão naturalizadas em suas práticas, elas estão tão inseridas no contexto prisional, que muitas vezes não são nem discutidas

e questionadas. As narrativas dos familiares de presos a respeito dessas normas se tornam entorpecidas se comparadas com a vivacidade que essas regras surtem nos comportamentos desses atores durante os dias de visitação. Em contrapartida, apesar de naturalizadas, as aplicações das regras são mutáveis, de maneira que podem ser impostas de formas diferentes em contextos semelhantes, gerando uma insegurança aos familiares de presos.

A vida íntima familiar, típica do ambiente privado, é extrapolada para a vida pública do presídio. De fato, o sistema prisional não distingue esses dois âmbitos, de maneira que um perfaz o outro. Assuntos tipicamente de caráter privado ganham o espaço público e assuntos tipicamente da esfera pública são transferidos à esfera privada. Nesse contexto, os familiares de presos ficam subordinados ao controle do cárcere, que, em grande parte, é estabelecido pelos próprios presos e não somente pela administração penitenciária. Desenvolve-se uma espécie de violência simbólica sobre esses atores a qual, de tão entranhada na rotina de visitas, se torna natural tanto para os detentos quanto para seus parentes.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. Crimen, punición y prisiones en Brasil: un retrato sin retoques. *Quórum – Revista de Pensamiento Iberoamericano*. vol. 16. Madri, 2006.

ARFUCH, Leonor. *O espaço biográfico: dilemas da subjetividade contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2010.

ANISTIA INTERNACIONAL. Relatório Brasil. *Informe 2008*. Disponível em: [http://brasil.indymedia.org/media/2008/05//420860.pdf]. Acesso em: 27.06.2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECKER, Howard S. Outsiders: *estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 9. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

CHRISTIE, Nils. *L'Industrie de la punition. Prison et politique pénale em Occident*. Paris: Autrement, 2003.

COELHO, Edmundo Campos. *A oficina do diabo: crise e conflito no sistema penitenciário do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1987.

_____. *A oficina do diabo e outros estudos sobre criminalidade*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

COMFORT, Megan. "A casa do papai": a prisão como satélite doméstico e social. *Discursos Sediciosos – Crime, direito e sociedade*. n. 13. p. 77-100. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____. In the tube at San Quentin. The 'Secondary Prisonization' of women visiting inmates. *Journal of Contemporary Ethnography*. vol. 32 (1). p. 77-107. 2003.

_____. "Partilhamos tudo o que podemos": A dualização do corpo recluso nos romances através das grades. *Análise Social – Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*. vol. XLII. n. 185. p. 1055-1079. 2007.

DAS, Veena. *Life and words. Violence and the descent into the ordinary*. California: University of California Press, 2007.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Relatório de Gestão. Exercício 2000*. Brasília: Ministério da Justiça, 2000.

DURKHEIM, Emile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FAJANS, Jane. Autonomy and relatedness. Emotions and the tension between individuality and sociality. *Critique of Anthropology*. vol. 26. p. 103-119. London, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história de violência das prisões*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura jurídica francesa e* common law *em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARLAND, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

MAGALHÃES, Carlos Augusto Teixeira. *O crime segundo o criminoso: um estudo de relatos sobre a experiência da sujeição criminal*. Tese de Doutorado em Sociologia, Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2006.

MISSE, Michel. Mercados ilegais, redes de proteção e organização local do crime no Rio de Janeiro. *Estudos Avançados*. vol. 21. n. 61. p. 139-157. São Paulo: IEA-USP, set.-dez. 2007.

MORAES FILHO, Evaristo de (org.). *Sociologia: Simmel*. São Paulo: Ática, 1983.

NERI, Natasha Elba. *"Tirando a cadeia dimenor": a experiência da internação e as narrativas de jovens em conflito com a lei no Rio de Janeiro*. Dissertação de Mestrado em Sociologia com concentração em Antropologia, Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2009.

PAIXÃO, Antonio Luiz. *Recuperar ou punir? Como o Estado trata o criminoso*. São Paulo: Cortez, 1987.

PASINATO, Wânia Izumino. Delegacias de defesa da mulher e JECrims: mulher, violência e acesso à justiça. *28.º Encontro Anual da Anpocs*. Caxambú, 2004.

OLIVEIRA, Zuleica Lopes Cavalcanti de. *A provisão da família: redefinição ou manutenção dos papéis?* In: ARAUJO, Clara; CELI, Scalon (orgs.) *Gênero, família e trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

RAMALHO, José Ricardo. *Mundo do crime a ordem pelo avesso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SALLA, Fernando Afonso. Os impasses da democracia brasileira. O balanço de uma década de políticas para prisões no Brasil. *Lusotopie*. p. 419-435. São Paulo, 2003.

_____; BALLESTEROS, Paula Rodriguez. *Democracia, direitos humanos e condições das prisões na América do Sul*. Relatório de Pesquisa. São Paulo: USP, 2008.

SCURO, Pedro Neto. *Sociologia geral e jurídica: introdução à lógica jurídica, instituições do direito, evolução e controle social*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SIMMEL, Georg. *Questões fundamentais da sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

SOARES, Luiz Eduardo. Novas políticas de segurança pública. *Estudos Avançados*. vol. 17. n. 47. p. 75-96. São Paulo: IEA-USP, jan.-abr. 2003.

SYKES, G. M. *The society of captives: a study of a maximum security prison*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

THOMPSON, Augusto. Sistema prisional. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. n. 13. Rio de Janeiro, 2004.

WACQUANT, Loïc. A aberração carcerária à moda francesa. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. vol. 47. n. 2. p. 215-232. Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 2004.

_____. *Les prisons de la misère*. Paris: Raisons d'Agir, 1999.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A disciplina do PCC: a importância do (auto)controle na sociabilidade prisional, de Camila Caldeira Nunes Dias – *RBCCrim* 86/393;
- As facções e o grupo da segurança no presídio central de Porto Alegre: relações cooperativas de autopreservação, de Nedio Seminotti e Vinícius Ricardo Sallin – *RBCCrim* 88/391; e
- Penitenciarismo brasileiro, sombra sinistra da sociedade desajustada em que vivemos, de João José Leal – *RT* 706/432.

A CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL ECONÔMICO E A IMPOSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVA E PENAL

1

The constitutional shape of economics criminal law and the impossible overlap of administrative and criminal sanctions

FELIPE MACHADO CALDEIRA

Mestre em Direito Penal pela UERJ. Especialista em Direito Penal Econômico pelas Universidades de Coimbra, de Castilla-La Mancha e de Milão. Professor de Direito Penal e de Direito Processual Penal no curso de Graduação do Instituto Brasileiro do Mercado de Capitais – IBMEC, e na Pós-graduação do IBMEC, da FGV e da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro – EMERJ. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Financeiro e Econômico

RESUMO: O estudo do Direito Penal Econômico é atual e indispensável, porém é certo que a adoção do modelo do Estado Democrático de Direito inspirou o fenômeno da constitucionalização do Direito, inclusive o Penal. Neste sentido, de nada adianta o estudo e a teorização do Direito Penal Econômico sem a sua necessária conformação constitucional. Um ponto que chama atenção, notadamente pela falta de estudo, é o frequente sancionamento do autor de um crime tanto em âmbito administrativo como penal, despertando a necessidade de sua análise a partir do princípio do *non bis in idem*. Com efeito, o objeto do presente estudo é a de oferecer uma leitura constitucional da sobreposição de sanções administrativas e penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Econômico – Princípio do *non bis in idem* – Sobreposição de sanções administrativa e penal.

ABSTRACT: The study of the Economic Criminal Law is current and essential, but it is true that adopting the model of the Democratic Rule of Law motivated the constitutionalization of the Law, including Criminal law. In this sense, nothing is gained by the study and theorization of Economic Criminal Law without its necessary constitutional adaptation. Something that stands out, especially due to the lack of study, is the frequent punishment of the perpetrator of a crime in both areas, administrative and criminal, raising the need for analysis based on the principle of *non bis in idem*. Indeed, the object of this study is to offer a constitutional reading of the overlapping of administrative and criminal punishment.

KEYWORDS: Economic Criminal Law – Principle of *non bis in idem* – Overlapping administrative and criminal punishment.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O Direito Penal Econômico: 2.1 Noções iniciais e definição; 2.2 Origem, desenvolvimento e relevância; 2.3 Posição dentro das ciências penais – 3. Princípio do *non bis in idem* e da dependência das instâncias administrativa e penal: 3.1 Noções iniciais; 3.2 Desenvolvimento histórico, filosófico e jurídico: a natureza jurídica do princípio do *non bis in idem*; 3.3 Significado: 3.3.1 Direito comparado e estrangeiro; 3.3.2 Direito internacional e comunitário; 3.4 Princípio da dependência das instâncias administrativa e penal – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A constitucionalização do Direito é uma realidade e o penalista, atento e desvencilhando-se de suas validades, precisa reconhecer este fenômeno. Não se trata de simplesmente promover uma leitura do Direito Penal a partir da Constituição, ideia esta concebida na filtragem constitucional e desenvolvida na atividade diária da Corte Constitucional brasileira. Para fins deste artigo, o estudo parte do Direito Constitucional Penal e, para tanto, serão delimitadas algumas das premissas constitucionais do Direito Penal Econômico, notadamente o estudo do princípio do *non bis in idem* para, em seguida, perquirir-se sobre a possibilidade ou não da cumulação das sanções administrativa e penal.

De início, o que se percebeu foi a limitação da doutrina e jurisprudência nacionais na compreensão e inteligência do princípio do *non bis in idem*, o que exigiu aprofundamento a partir do direito estrangeiro, comunitário e internacional, o que nem sempre é uma tarefa fácil, não apenas pelas barreiras linguísticas, mas sobretudo pela diferença entre os sistemas jurídicos. Neste sentido, a pesquisa ficou delimitada aos sistemas idênticos ou semelhantes ao brasileiro, em especial no que se refere ao tratamento das instâncias administrativa e penal.

Outra dificuldade encontrada foi o completo distanciamento da doutrina penal brasileira – e estrangeira, de uma maneira geral – do Direito Constitucional. Antes de tudo, é sempre importante lembrar que o Direito, por razões de cientificidade e de didática, é dividido em diversas áreas, o que não o faz perder a sua unidade. Além disso, o princípio da supremacia da Constituição impõe que toda a ordem jurídica a tenha como ponto de partida, de conformação e de limitação de sua interpretação, sob pena de invalidade no seu grau mais acentuado: a inconstitucionalidade.

Desta forma, o bom penalista é, antes de tudo, um grande constitucionalista.

2. O DIREITO PENAL ECONÔMICO

2.1 Noções iniciais e definição

O Direito Penal Econômico é uma área jurídica interdisciplinar de origem remota, desenvolvimento moderno e relevância contemporânea, cuja importân-

cia do estudo se justifica não apenas por sua atualidade, mas em especial pela relevância da economia para a sociedade. Surgem inúmeras dificuldades na definição e na delimitação do Direito Penal Econômico,[1] com destaque para o problema da sua autonomia ou dependência científica dentro das ciências penais.

Não obstante, pode-se entender o Direito Penal Econômico como sendo a subárea do Direito Penal que se propõe a dispor sobre as normas jurídicas para disciplinar as relações entre os agentes econômicos e o Estado, objetivando limitar a intervenção estatal na economia pela tutela penal[2] e preservar as liberdades individuais decorrentes das relações econômicas, característica esta que diferencia o conceito constitucional proposto dos demais formulados pela doutrina.[3]

2.2 *Origem, desenvolvimento e relevância*

Numerosos ordenamentos jurídicos, ao longo da história, tipificaram crimes econômicos. No Direito romano, para assegurar o abastecimento de cereais, a conduta de especulação de preços foi criminalizada, e o imperador Diocleciano fixou, sob pena de morte, os preços máximos para produtos e salários. A saída de produtos como ferro e armas, dada a sua importância para a época do Império Romano, era punida com pena de morte e confisco, e o crime de adulteração de produtos alimentícios pode ser encontrado desde a Idade Média até as legislações penais da atualidade.[4] Portanto, não há dúvidas de que o Direito Penal Econômico possui origem remota.

O desenvolvimento do Direito Penal Econômico, por outro lado, é mais recente. Desde 1872, no Congresso Internacional sobre a prevenção e repressão do crime, celebrado em Londres,[5] reconhecia-se a grande importância do crime no campo dos negócios pela cooperação dos agentes imobiliários, agentes

1. Sobre esta dificuldade, PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique (coord.). *Curso de derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 19-39.
2. Em sentido semelhante, ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y Constitución. *Revista Penal* 1/1-2.
3. Embora não se trate do objetivo do presente artigo, cabe assinalar que Klaus Tiedemann desenvolve três entendimentos acerca do conceito de Direito Penal Econômico: (a) processual-criminslístico de Maurach; (b) criminológico de Sutherland; e (c) jurídico-dogmático de Lindemann. TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 55-58.
4. ARROYO ZAPATERO, Luis. Op. cit., p. 4; TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 61-62.
5. NORMANDEU, André. Les "déviations en affaire" et les "crimes em col blanc". In: *Déviance et criminalité*. Paris: Armand Colin, 1970. p. 332.

de vendas, manufatureiros e outras pessoas. Em 1935, Morris retomou o problema ao se referir sobre os crimes da alta sociedade (*crime of the powerfull*),[6] expressão utilizada até os dias atuais. O começo da investigação científica sobre estes crimes teve lugar durante o período de 1940 a 1950, nos Estados Unidos, em torno das pessoas do colarinho branco. A aparição deste novo estrato intermediário é uma característica geral da sociedade contemporânea em quase todos os países porque está vinculada ao desenvolvimento do capitalismo. Dentro destas estão, em primeiro lugar, os grupos dos profissionais liberais, e também os empresários, comerciantes ou industriais de tipo médio, e os elementos diretivos de uma burocracia, todavia, não muito desenvolvida. Por isto, dentro da geral denominação de classe média, cabia distinguir uma classe média intelectual, industrial ou burocrática. Todos estes grupos participavam de um comum sentimento individualista que era, ao mesmo tempo, seu orgulho e sua garantia da liberdade. Seus sonhos estavam unidos, preferencialmente, ao êxito econômico, sem ter demasiado em conta os meios que se utilizam para alcançá-los, pois é o êxito econômico, e, portanto, a riqueza acumulada, o símbolo maior de uma elevada posição social. Neste contexto, Sutherland,[7] diante da Sociedade Americana de Sociologia, em 1939, empregou, então, a expressão *white collar crime* para designar a atividade ilegal de pessoas de nível socioeconômico superior, em relação às práticas normais de seus negócios.

Na Europa, o desenvolvimento do Direito Penal Econômico ganhou destaque durante a Primeira Guerra Mundial, momento no qual foi desenvolvido um extenso acervo normativo de natureza econômico-administrativa para o controle da satisfação de necessidades econômicas da época. Ao término da Guerra, desenvolveu-se um amplo intervencionismo estatal na economia da Alemanha, transformando-se na base para um novo Direito Econômico (Industrial ou Econômico moderno).[8] Depois dos excessos estatais de aplicação do poder administrativo durante a Segunda Guerra Mundial, em 1949, houve o primeiro esforço normativo para a simplificação do Direito Penal Econômico pela Lei Penal Econômica,[9] a qual previa tipos penais desde a violação do dever de entregar os livros fiscais, passando pelo aumento artificial de preços até as infrações tributárias, introduzindo, também, um Direito processual específico,

6. MORRIS, Albert. *Criminology*. New York: Longmans, 1935. p. 153-158.

7. SUTHERLAND, Edwin. H. White collar criminality. *American Sociological Review*, vol. 5, n. 1, p. 1-12.

8. TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007. p. 5 e 92. No mesmo sentido: FONSECA, Hugo Duarte. *Temas de direito penal econômico*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 153-154.

9. Idem.

bem como sanções próprias (proibição de exercer profissão, encerramento da empresa e publicidade da condenação). A partir de 1972, uma comissão formada por especialistas em combate aos crimes econômicos foi criada com o objetivo de reformar o Direito Penal Econômico na Alemanha. Como fruto das atividades desta comissão, surgiu a Primeira Lei de combate aos crimes econômicos, de 1976, e concomitantemente foram realizadas diversas alterações na ordem jurídica alemã. Dez anos depois, surge a Segunda Lei, introduzindo novos tipos penais no âmbito do Direito Penal Econômico. Percebe-se, portanto, que toda e qualquer análise elaborada para a origem do Direito Econômico leva a conclusão da crescente intervenção do Estado no domínio econômico, diante das diversas transformações presenciadas pela sociedade especialmente no século XX. O intervencionismo estatal, então, passou a ser uma realidade na sociedade contemporânea e o Direito não poderia ficar alheio a esta transformação.

No âmbito internacional a preocupação com os crimes econômicos também é notada e,[10] diante a esta manifestação da internacionalização do crime, notadamente dos crimes econômicos, o desenvolvimento de uma resposta adequada e eficaz tornou-se necessária.[11] Na União Europeia, desde a versão original do Tratado para a sua fundação (1957), embora não fosse um documento na área do Direito Penal, já se reconhecia o interesse supranacional na tutela da ordem econômica pela limitação da concorrência.[12] De igual forma, encontra-se disposição semelhante no âmbito do Mercosul.[13]

---

10. "(...) que pretenda actuar por encima de las barreras nacionales exige sofisticadas estructuras, encargadas tanto de la ejecución de complejas operaciones delictivas como de su rentabilización, recurriendo para ello a la denominada ingeniería financiera. La delincuencia económica transnacional es, así, delincuencia organizada, tanto en sus manifestaciones empresariales convencionales como en las modalidades de la llamada macrocriminalidad (...)". TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Trotta, 1995. p. 3. No mesmo sentido: BALCARCE, Fabián. *Derecho penal económico. Parte general*. Córdoba: Mediterránea, 2003. t. I, p. 94.

11. TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad* cit., p. 6. Cabe destacar um exemplo atual de Klaus Tiedemann: os esforços da União Europeia e dos Estados Unidos na uniformização de suas regras contábeis que permitem uma comparação internacional da situação econômica das empresas multinacionais e permite a prevenção da manipulação de seus balanços econômicos. TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico...* cit., p. 38-40.

12. HIRSCH, Hans Joachim. Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y procesal penal en la Unión Europea. In: AA.VV. *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Ad-Hoc/Del Puerto, 2005. p. 657.

13. "(...) uno de los objetivos es asegurar condiciones adecuadas de competencia, idea que se reitera en otra disposición al prescribirse que los Estados Partes asegurarán condiciones equitativas de comercio y coordinar[án] sus respectivas políticas nacio-

A partir da efetivação de tais atividades estatais, iniciara-se o surgimento de normas penais, em âmbito interno, comunitário e internacional, objetivando a criação de um sistema protetor deste intervencionismo estatal na economia. E, um ponto principal – paralelo a essa atividade econômica estatal – foi à estruturação de grandes empresas, detentoras de um forte poder econômico, o que provocou o Estado a formular um sistema jurídico eficaz de proteção aos interesses da sociedade contemporânea, dando origem ao fenômeno da norma legal como instrumento de regulação e proteção da economia nacional e popular.

O final do século XX e o início do XXI apresenta-se à sociedade uma nova forma de poder hegemônico: a globalização econômica.[14] Neste momento da história o campo da realidade estatal e econômico do mundo contemporâneo permite inferir a conclusão de uma nova espécie de criminalidade a qual sem fazer uso da violência corporal tradicional, nem por isso se mostra menos nociva ao desenvolvimento das relações sociais: a criminalidade econômica, sensível ao desenvolvimento das relações humanas (ética, moral e Direito), comerciais, econômicas e financeiras, durante o século XXI.

No cotidiano, a importância do Direito Penal Econômico é cada vez maior, levando Tiedemann[15] a afirmar que os crimes econômicos se incrementaram

---

nales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial." SPOLANSKY, Norberto Eduardo. *Integración regional y delitos económicos*. In: AA.VV. *Teorias actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998. p. 462.

14. Jesús-María Silva Sánchez observa que "La *globalización* –como salto cualitativo de la internacionalización– es, como antes se indicaba, una de las características definitorias de los modelos sociales postindustriales. En esa medida, se trata, obviamente, de un fenómeno, en principio, económico, que se define por la eliminación de restricciones a las transacciones y la ampliación de los mercados. Cuestion distinta es que, a partir de esta consideración de la economía, otro importante fenómeno, cual es el de la globalización de las comunicaciones, como consecuencia de las innovaciones técnicas. Pero, en última instancia, la globalización de las comunicaciones no es sino un correlato de la globalización de la economia, que hace preciso abaratar los costes de transacción (y requiere, por tanto, esa mayor rapidez de comunicaciones). Por su parte, también la *integración* es básicamente uns noción económica. La integración aparece inicialmente guida por la idea de conseguir un mercado común de varios países, con libre tráfico de personas, capitales, servicios y mercancías y la consiguiente eliminación de las barreras arancelarias internas y otros obstáculos al libre cambio. La integración regional no es, pues, sino un aspecto de la general globalización, que da cuenta de una especial intensidad de las relaciones." SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999. p. 68-69.

15. TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal*...cit., p. 1.

nos últimos anos e, consequentemente, foi desenvolvida uma persecução penal mais intensa e foram aplicadas sanções mais rigorosas. Nesta ordem de ideias, com o surgimento da globalização econômica e da integração regional, o Direito vem sofrendo inúmeros influxos e, contemporaneamente, o destaque dentro das ciências penais reside justamente na compreensão do Direito Penal Econômico.

2.3 Posição dentro das ciências penais

O cenário é de incerteza já que não se chega a uma conclusão acerca da convivência do sistema penal dualístico, com os seus modelos – expansão máxima[16] e moderada[17] da intervenção penal e a doutrina de preservação do núcleo do Direito Penal[18] – podendo ou devendo, ou não manter um diálogo permanente. Por outro lado, também não há qualquer conclusão pela permanência do sistema penal monístico, o que revela a dificuldade de definição, delimitação e identificação da posição do Direito Penal Econômico dentro das ciências penais.[19]

Na máxima abrangência que Terradillos Basoco[20] dá ao Direito Penal Econômico permite-se uma interpretação de tal elasticidade de seus contornos que se poderia perfeitamente dividir a teoria do Direito Penal em dois grandes rumos absolutamente distintos – nem tão antagônicos, nem tão complementares: uma teoria para o Direito Penal comum (nuclear, tradicional ou clássico) e outra para o Direito Penal Econômico (moderno ou "novo" Direito Penal). Estaria justificada, com efeito, a formação de conceitos penais independentes a atuar em conformidade com o Direito Econômico a fim de superar os problemas e desenvolver o método próprio do Direito Penal Econômico.[21]

---

16. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. ano XLII. fasc. 3. p. 802-820.
17. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 70.
18. Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. O comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999; HASSEMER, Winfried. Perspectivas del derecho penal futuro. *Revista Penal* 1/37-41. HERZOG, Félix. Algunos riesgos del derecho penal del riesgo. *Revista Penal* 4/54-57.
19. TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad* cit., p. 3.
20. TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. cit., p. 6.
21. TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad* cit., p. 1; ARROYO ZAPATERO, Luis. Op. cit., p. 1.

O que se revela é, por um lado, tutelar de forma eficaz e efetiva a economia e, por outro, desenvolver um sistema penal apto a alcançar os sujeitos desta nova espécie de criminalidade. A premissa fundamental deste sistema dualista a justificar a distinção entre o Direito Penal e Penal Econômico é a suposta crise do Direito caracterizada pela sua ineficiência.[22] Contudo, a ineficiência não seria do Direito Penal como ciência, e sim da norma jurídica como instrumento de regulação das relações sociais.[23] Portanto, a falta de efetividade seria das normas jurídicas as quais não são aplicadas com autoridade pelo Poder Público – que, quase sempre, transfere a incompetência do Governo e a ineficiência do Estado à população –, ou observadas com seriedade pela sociedade,[24]

22. Carlo Enrico Paliero identifica três classes de crises no Direito penal sob o ponto de vista da dogmática: crise de transparência, ineficiência e complexidade. PALIERO, Carlo Enrico. Tecniche di tutela e riforma del Codice Penale. *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola, e francese a confronto*. Padova: Cedam, 1995. p. 156-161. Rosario de Vicente Martínez se refere à uma crise grave do Direito Penal "Clássico" pela ineficácia da pena de privativa de liberdade aos crimes econômicos. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *Sanciones y Reparación en el Derecho Penal Económico*. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (coords.). *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Madrid: Colex, 2008. p. 189.

23. A síntese realizada por Raúl Eugenio Zaffaroni é da superação do direito positivo dos séculos XIX e XX, quando leciona que "en el orden planetario puede afirmarse el claro efecto de la *anomia generalizada*, como dato objetivo. La realidad nunca coincide con la norma, porque el deber ser es un ser que no es o que, al menos, aún no es. Pero cuando la realidad se *dispara* respecto de la norma, deviene *disparate*, prescrible un ser que nunca será y la norma queda cancelada por inútil y le aguarda el destino de los desperdicios (*anomia*). La perspectiva de este proceso anómico de poder, proyectada sin contención hacia el futuro, se traduce: (a) en el cresciente dominio del delito económico que tiene a adueñarse de la economía mundial, ante la impotencia de los estados nacionalies y de los organismos internacionales (cada día más las actividades económicas a nivel planetario irán asumiendo mayor similitud con las prácticas criminales mafiosas); (b) en el marcado deterioro del medio ambiente, que anuncia la producción de graves alterações en la biósfera." ZAFFARONI, Raúl Eugenio. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In: PIERANGELI, José Henrique (coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 23.

24. Corroborando a assertiva, Antonio Garcia-Pablos de Molina, ao discorrer sobre o prevencionismo político-criminal, afirma que incrementar ou aumentar a repressão não resolve o problema criminal, e observa que "Mucho más eficaz que castigar, o que agravar las penas, será suprimir – o reducir – el *refuerzo positivo* que el delincuente recibe com la conducta criminal (v.g., medidas situacionales que hagan difícil la comisión del hecho) y, al mismo tiempo, crear mediante una adecuada política social, de empreo etc., opciones alternativas gratificadoras (v.g., trabajo, servicios sociales para todos los ciudadanos), capaces de neutralizar los *refuerzos negativos* que condi-

especialmente quando voltadas para a criminalidade econômica[25] que é, por excelência, a criminalidade dos poderosos (crimes cometidos por pessoas que detém não apenas o poder econômico, mas também o poder político e controle do processo legislativo).[26]

De nada adianta a proliferação das figuras penais econômicas, produto de teorias modernas da Sociologia ou do Direito e o grande desenvolvimento das novas tecnologias[27] se não existe a criação de estruturas e procedimentos

---

cionan el comportamiento criminal." PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia. *Tratado de criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 557.

25. "Sin embargo, la totalidad de estas normas y reformas solamente tiene importancia verdadera en la medida que el Derecho penal económico se imponga realmente en la práctica a través de una persecución penal especializada; es decir, en la medida que las normas no solamente existan en el papel." TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad* cit., p. 4. Além disso, conforme observa o autor, "Así, pese a una persecución intensa de los delitos contra la libre competencia en Alemania durante tres decenios, se sigue produciendo la reincidencia de las empresas constructoras en materia de fijación de precios, a la vez que las asociaciones de empresas enfatizan, una y otra vez, en comunicados públicos que tales ilícitos solamente constituirían contravenciones administrativas *(Ordnungswidrigkeiten)* y que las sanciones impuestas en su contra solamente serían multas no criminales." Idem, p. 93. No mesmo sentido: JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlo. Problemas derivados de la internacionalización de la delincuencia econômica. *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia econômica. Estudios de Derecho Judicial* 61/152 e ss.

26. Neste sentido, DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo. Del "derecho penal liberal" al "derecho penal del enemigo". *Revista. de Derecho Penal y Criminologia* 14/114. Disponível em: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2004-14-5030&dsID=Documento.pdf]. Acesso em: 05.04.2012. Em sentido contrário, Eduardo Correia afirma que "Haveria, com efeito, condutas desviantes das regras da ordem económica levadas a cabo por 'homens de colarinho' branco que não constituiriam crimes. Por outro lado, também, muitas acções violadoras da ordem económica seriam praticados por homens de 'colarinho azul', ou seja, de inferior extracção social." CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 1996. p. 369. Vale destacar, ainda, que "(...) no se puede negar que el comportamiento típico de las clases sociales bajas, desde el nacimiento del Derecho penal moderno hasta hoy, ha constituído el objeto privilegiado tanto en la configuración de los tipos penales de Derecho penal como también en la justicia práctica penal (...)". SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 50-51.

27. Utilizada em grande parte para prospecção de mercado e ampliação de formas específicas de concorrência, contribuindo para um mercado mundial de bens e serviços ilegais. BLANCO CORDERO, Isidoro. Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la

destinados à elaboração da adequação da hipótese fática à norma jurídica.[28] O sistema penal monístico seria suficiente, bastando, para tanto, a sua efetiva aplicação e, eventualmente, interpretação e aplicação em conformidade com o perfil da sociedade contemporânea e em adequação às exigências da criminalidade econômica – sempre a partir da Constituição,[29] pois, conforme observa Buján Pérez, "(...) el intitulado 'Derecho penal económico (o socioeconómico)' se halla regido por los mismos principios jurídico-penales que el Derecho penal común u ordinário y encauzado a través de idênticas instituciones dogmáticas",[30] sob pena da criação de um Direito Penal simbólico, o que ofenderia postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito. Se o problema fosse normativo, não haveria falar-se nos espaços geográficos de impunidade,[31] tão comuns na atualidade: bastaria a transferência da empresa para algum Estado tolerante ou até incentivador com práticas econômicas tidas como ilícitas por outros Estados (paraíso fiscal, por exemplo).

Portanto, o Direito Penal Econômico não figura como uma nova área dentro das ciências criminais, e sim com uma subárea do Direito Penal,[32] o que não significa dizer que a dogmática não deva evoluir. Pelo contrário, as premissas so-

---

participación en una organización y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio. *Criminalidad organizada. Reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*. Ciudad Real: Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 1999. p. 20; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas. *Criminalidad organizada. Reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*. Ciudad Real: Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 1999. p. 60-61.

28. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 30 e ss.

29. Nesse sentido: ARROYO ZAPATERO, Luis. Op. cit., p. 1.

30. BUJÁN PÉREZ, Carlos Martinez. *Derecho penal econômico y de la empresa. Parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 71.

31. BARBERO SANTOS, Marino. Presentación. *Criminalidad organizada. Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*. Ciudad Real: Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 1999. p. 7. Para o autor, "los sistemas de justicia penal de estos países no suelen constituir ningún obstáculo para la actuación de dichos grupos criminales, muy perfeccionados, y se reconoce ampliamente que las estrategias para hacerlos frente tienen que basarse en la cooperación internacional, así como en técnicas eficaces de organización y gestión y, al igual que la delincuencia organizada, han de aprovechar los adelantos tecnológicos". No mesmo sentido: BLANCO CORDERO, Isidoro. Op. cit., p. 22.

32. Não foi por outra razão que G. Kaiser observou que "(...) el peso principal de la lucha contra la delincuencia económica grave descansa, antes como ahora, en el Derecho

bre as quais o Direito Penal Econômico se assenta sobre valor constitucional de especial importância para a sociedade contemporânea, merecendo estudo destacado e normatização específica,[33] especialmente por força de seu caráter técnico.

3. PRINCÍPIO DO *NON BIS IN IDEM* E DA DEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL

3.1 Noções iniciais

O *non bis in idem*[34] é um dos princípios mais importantes do Direito penal contemporâneo, visto que veda que os mesmos fatos (leia-se: o mesmo conteúdo de injusto ou a mesma infração) possam ser sancionados duas ou mais vezes, é um princípio geral do Direito punitivo e não apenas da área penal. Os constantes processos de descriminalização e despenalização tem retirado do âmbito penal condutas que, do ponto de vista da intervenção mínima, passam ao âmbito do Direito Administrativo. Por outro lado, o Direito Administrativo também acaba por sancionar, de forma que se convencionou denominá-lo de Direito Administrativo sancionador.

A par destas considerações e de ser nítida a linha contínua entre o ilícito penal e o administrativo, no Brasil, o tema central desta problemática – a correta interpretação do princípio do *non bis in idem* – não foi desenvolvido da forma tal qual no direito internacional, comunitário e estrangeiro.

3.2 Desenvolvimento histórico, filosófico e jurídico: a natureza jurídica do princípio do non bis in idem

A origem do princípio do *non bis in idem* é remota: remonta ao Direito romano e ao Direito canônico,[35] com o objetivo de promover a segurança e a estabi-

---

penal." KAISER, G. *Introducción a la criminologia*. 7. ed. Trad. Rodríguez Muõz. Madrid, 1987. p. 377.

33. TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad* cit., p. 89.

34. No ponto deve ser registrada a valiosa contribuição do amigo e jurista Eduardo Viana Portela Neves com a submissão de artigo – ainda não publicado – de sua autoria, a indicação de bibliografia e pelo debate em torno do tema. As premissas são coincidentes, porém as conclusões diametramente divergentes. Maiores considerações sobre o princípio: CALDEIRA, Felipe Machado; NEVES, Eduardo Viana Portela. *Manual de direito penal*. Salvador: JusPodivm, 2011, no prelo.

35. LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. *Acumulación de sanciones penales y administrativas*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 35.

lidade das relações sociais. Sua origem histórica e desenvolvimento até meados do século XX se vinculava, exclusivamente, à vertente processual do princípio: ligava-se à coisa julgada porque o escopo primordial do princípio era impedir que o indivíduo fosse processado e julgado duas vezes pelo mesmo fato.

A adesão ao princípio do *non bis in idem* em matéria penal só ocorre no Iluminismo e durante a Revolução Francesa.[36] Influenciada pelos ideais iluministas e da Independência Americana (1776), os acontecimentos entre 05.05.1789 e 09.12.1799 alteraram o quadro político e social da França. A Revolução Francesa representou a mudança de paradigma no que se refere ao reconhecimento jurídico do *non bis in idem*, pois a França o reconheceu na sua Constituição de 1791, no Título III, Capítulo V, art. 9.°. Dispunha o referido dispositivo que: "Tout homme acquitté par un jury légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait."[37]

O marco mais importante do reconhecimento jurídico do princípio se deu com a V emenda à Constituição dos Estados Unidos de 1887, portanto, no âmbito dos direitos do cidadão (*Bill of Rights*) no qual foi consagrada a regra do "*double jeopardy*"[38] cujo significado, em linhas gerais, é que uma absolvição ou condenação anterior funcionaria como obstáculo a que se colocasse o indivíduo em uma nova situação de risco de vida.

A importância deste desenvolvimento histórico, filosófico e teórico se revela necessário para que se perceba a faceta processual do princípio do *non bis in idem*: a razão da máxima ligava-se, portanto, à necessidade de segurança do indivíduo frente às intervenções estatais, impedindo a sobreposição de acusações sobre o mesmo fato.

O desenvolvimento do instituto e sua crescente previsão nos ordenamentos jurídicos formam o substrato cultural necessário para, finalmente, passar a se reconhecer sua vertente substancial, já que, até o século XX, o *non bis in idem* resumia-se à vertente processual. Não obstante a longa evolução histórica da máxima do *non bis in idem*, a sua aplicação carece de contornos claros, em particular sobre a cumulação de sanções penais e administrativas. Nesta linha,

---

36. Idem, p. 302.

37. Igualmente, segundo Eduardo Correia, o Código Penal francês de 1791 (Tít. 1.°, art. 28; Tít. 8.°, arts. 1.°, 2.° e 3.°). CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. Op. cit., p. 303.

38. Há previsão expressa no Código Penal australiano: "71.18 Double jeopardy: If a person has been convicted or acquitted of an offence in respect of conduct under the law of a foreign country, the person cannot be convicted of an offence under this Division in espect of that conduct."

Correia destaca que, apesar da máxima do *non bis in idem* ser reconhecida universalmente como valor empírico e utilitário, está, porém, muito longe de uma elaboração precisa do seu verdadeiro conteúdo e limites.[39]

A vertente substancial implica que a pessoa não pode ser punida duas vezes pelo mesmo fato sempre que surgir a tríplice identidade: sujeito, fato e fundamento. Deste modo, é indispensável a análise do conteúdo do ilícito que foi violado em cada uma das condutas.[40] Pode-se dizer que o conteúdo material no *non bis in idem* traduz a impossibilidade de dupla sanção pelo mesmo fato, desde que ocorra a tríplice identidade: sujeito, fato e fundamento. Nesta linha, Léon Villalba informa que a faceta material não se confunde com a vertente processual.[41] Segundo ele, a vertente material caracteriza-se pela única função de impedir que a um mesmo sujeito possam ser imputado, por um mesmo fato, dois tipos de ilícito, um dos quais inclui todos os elementos do outro. No que se refere ao sujeito, dizer que é necessária a identidade de sujeito ativo, pouco importando a vítima, parece óbvio, mas há uma discussão quando o fato envolva pessoa jurídica e seu representante. No que se refere ao fato, uma perspectiva para se diferenciar a identidade é a que toma em consideração a natureza dos bens jurídico-penais ofendidos. Conforme este raciocínio, a identidade de fundamento seria a identidade de bem jurídico-penal e conferindo especial relevância à este ponto, Pablos de Molina defende que é mais correto formular a proibição do *non bis in idem* reclamando não só a tríplice identidade (do sujeito, do fato e da infração), senão também a natureza dos bens jurídico-penais ofendidos.[42]

---

39. CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. Op. cit., p. 303.

40. O Tribunal Constitucional espanhol, na Sentença 154, em 1990, consignou: "Este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero ello no significa que solo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a Ordenes jurídicos sancionadores diversos. El principio *non bis in idem* es aplicable tambien dentro de un mismo proceso o procedimiento a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamento, objeto o causa material y acción punitiva. Se impide sancionar dos veces por un mismo delito, desde la misma perspectiva de defensa social, o sea, que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble o plural, lo que tambien contradiria el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción."

41. Op. cit., p. 114.

42. PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia. Op. cit., p. 132.

3.3 Significado

Um ponto fundamental reside saber o exato significado do princípio do *non bis in idem*, mais especificamente a delimitação da expressão *idem*: fato, ato, ação, conduta, causa, sanção, ofensa etc.

3.3.1 Direito comparado e estrangeiro

As diversas legislações no mundo, em sua grande maioria, consagram o princípio do *non bis in idem*, algumas trazem expressa referência no texto de lei ou em outras legislações. No entanto, não há previsão legal expressa, porém a jurisprudência encontra diversos fundamentos para a sua aplicação.

A Espanha é o país onde, na contemporaneidade, as discussões sobre o princípio do *non bis in idem* tem produzido maior atividade acadêmica e desenvolvimento jurisprudencial. O Tribunal Constitucional espanhol, há mais de vinte anos, vem contribuindo e tomando decisões que foram fundamentais para o desenvolvimento da teorização do princípio. Apesar da Constituição espanhola não consagrar expressamente o princípio, trata-se de corolário lógico e necessário do princípio da legalidade segundo a doutrina[43] e jurisprudência,[44] com base no art. 25.1.[45]

Aliás, cabe ressaltar que a Constituição espanhola veda a cumulação de sanção penal e administrativa em matéria de meio ambiente no seu art. 45.3 ao afirmar que a lei "(...) fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado." Neste sentido, o Tribunal Constitucional espanhol, ampliando a aplicação do princípio do *non bis in idem*, na sentença 157/1987 (fundamento jurídico 3), declarou que o princípio do *non bis in idem* impede que se sancione a mesma conduta em procedimentos distintos.

---

43. BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal. Parte general*. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1984. p. 77.

44. O Tribunal Constitucional espanhol, na sentença n. 2/1981, afirmou que o "(...) principio general del derecho conocido por non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones-administrativa y penal –en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración– relación de funcionario, servicio público, concesionario etc. (...)– que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración."

45. Art. 21.1 da Constituição espanhola: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento."

A partir de tais fundamentos, pode-se concluir o seguinte: (a) por um lado, impede a imposição de sanção a condutas iguais; (b) proibição de sanções distintas no que se refere aos possíveis conflitos entre a sanção penal e administrativa; e (c) há possibilidade de excepcionar a regra quando houver uma especial relação de sujeição com a Administração Pública.

Na Alemanha, a Constituição estabeleceu a partir do art. 101 um catálogo de direitos fundamentais os quais, genericamente, são chamados de direitos fundamentais à justiça e se referem, principalmente, ao processo penal. O *non bis in idem* vem expressamente previsto no art. 103.3: "Ninguém pode ser condenado mais de uma vez por causa da prática do mesmo ato com base em leis penais gerais."[46] O Tribunal Constitucional alemão, no caso Testemunhas de Jeová, assim decidiu: as Testemunhas de Jeová defendem a neutralidade em questões militares, ou seja, a não interferência no que diz respeito a participarem das forças armadas. Em razão desta crença, segundo seus membros com base bíblica, durante o período de guerra se recusavam servir militarmente. Com isso, incorriam no crime de deserção da prestação do serviço e após serem julgados e condenados, eram impostas as penas devidas. O problema surgia quando havia uma nova convocação, portanto, após terem cumprido pena imposta pela primeira recusa, e cometiam o crime pela segunda vez. Desta forma, o Tribunal Constitucional alemão, baseado no argumento de que a recusa à primeira convocação fora tomada com base em uma decisão de consciência de maneira definitiva e efeito contínuo, considerou que a segunda acusação por recusa ao serviço militar violaria o *non bis in idem*, bem como o art. 4.°, I, da Constituição, que garante o direito de liberdade de consciência, confissão e crença. A convicção de crença, portanto, por ser contínua e ininterrupta vedava a segunda punição.[47]

Já na França, o Código de Processo Penal, no art. 368, prevê expressamente que "Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente."

Na Itália, embora sua Constituição não tenha em seu bojo previsão expressa, a vertente processual do princípio do *non bis in idem* encontra assento no art. 649.[48] Segundo dispositivo da "Divieto di un secondo giudizio:

46. Artikel 103: "(3) Niemand darf twegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden."

47. *BVerfGE* 23, 191 (Razão III, C, 3, *c*).

48. Também no art. 669, que trata da "Pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona." Seus "parágrafos" pontuam: "1. Se più sentenze di condanna

1. L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345.

2. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo."

Nos Estados Unidos, a dupla incriminação surge da Quinta Emenda da Constituição: "Nem qualquer pessoa sujeita pelo mesmo delito a ser duas vezes posta em perigo de vida ou de ferimentos graves." No caso Blockburger contra Estados

---

divenute irrevocabili sono state pronunciate contro la stessa persona per il medesimo fatto, il giudice ordina l'esecuzione della sentenza con cui si pronunciò la condanna meno grave, revocando le altre; 2. Quando le pene irrogate sono diverse, l'interessato può indicare la sentenza che deve essere eseguita. Se l'interessato non si avvale di tale facoltà prima della decisione del giudice dell'esecuzione, si applicano le disposizioni dei commi 3 e 4; 3. Se si tratta di pena pecuniaria e pena detentiva, si esegue la pena pecuniaria. Se si tratta di pene detentive o pecuniarie di specie diversa, si esegue la pena di minore entità, se le pene sono di uguale entità, si esegue rispettivamente l'arresto o l'ammenda. Se si tratta di pena detentiva o pecuniaria e della sanzione sostitutiva della semidetenzione o della libertà controllata, si esegue, in caso di pena detentiva, la sanzione sostitutiva e, in caso di pena pecuniaria, quest'ultima; 4. Quando le pene principali sono uguali, si tiene conto della eventuale applicazione di pene accessorie o di misure di sicurezza e degli altri effetti penali. Quando le condanne sono identiche, si esegue la sentenza divenuta irrevocabile per prima; 5. Se la sentenza revocata era stata in tutto o in parte eseguita, l'esecuzione si considera come conseguente alla sentenza rimasta in vigore; 6. Le stesse disposizioni si applicano se si tratta di più decreti penali o di sentenze e di decreti ovvero se il fatto è stato giudicato in concorso formale con altri fatti o quale episodio di un reato continuato, premessa, ove necessaria, la determinazione della pena corrispondente; 7. Se più sentenze di non luogo a procedere o più sentenze di proscioglimento sono state pronunciate nei confronti della stessa persona per il medesimo fatto, il giudice, se l'interessato entro il termine previsto dal comma 2 non indica la sentenza che deve essere eseguita, ordina l'esecuzione della sentenza più favorevole, revocando le altre; 8. Salvo quanto previsto dagli articoli 69 comma 2 e 345, se si tratta di una sentenza di proscioglimento e di una sentenza di condanna o di un decreto penale, il giudice ordina l'esecuzione della sentenza di proscioglimento revocando la decisione di condanna. Tuttavia, se il proscioglimento è stato pronunciato per estinzione del reato verificatasi successivamente alla data in cui è divenuta irrevocabile la decisione di condanna, si esegue quest'ultima; 9. Se si tratta di una sentenza di non luogo a procedere e di una sentenza pronunciata in giudizio o di un decreto penale, il giudice ordina l'esecuzione della sentenza pronunciata in giudizio o del decreto."

Unidos, 284 E.U. 299 (1932), em que o autor do fato não tinha vendido medicamento na embalagem original e sem uma ordem escrita do comprador, e se a venda tivesse sido caracterizada como duas infrações legais, a Suprema Corte americana adotou o critério do "elemento essencial". A regra aplicável é que, quando o mesmo ato ou operação constitui uma violação de duas disposições legais distintas, o teste a ser aplicado para determinar se existem duas infrações ou apenas uma é se exige a prova de um fato adicional que o outro faz não. Já no caso Grady contra Corbin (495 E.U. 508 (1990)), a Suprema Corte americana desenvolveu uma abordagem diferente: a cláusula do "*double jeopardy*" impede que qualquer nova acusação leve em consideração um "elemento essencial" de uma infração pela qual o autor do fato já tenha sido processado.

3.3.2 Direito internacional e comunitário

Na doutrina, Léon Villalba afirma que o princípio do o *non bis in idem* é reconhecido como um princípio geral de Direito internacional.[49] No âmbito jurisprudência, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias reconheceu o princípio *non bis in idem* como princípio fundamental do Direito Comunitário (Limburgse Vinyl Maatschappij e outros/Comissão, C-238/99, C-244/99, C-245/99, C-247/99, C-250/99, C-252/99 e C-254/99, § 59, 15.10.2002), e afirmou que a sua aplicação deve levar em consideração uma tríplice identidade: sujeito, fato e fundamento (Aalborg Portland e outros/Comissão, C--204/00P, 205/00P, 211/00P, 213/00P, 217 / 00P, 219/00P, § 338, 07.01.2004).

Interpretando o sentido de "mesma infração", o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias baseou a sua interpretação no sentido de que esta ideia se refere apenas à natureza dos fatos em causa e não a sua qualificação jurídica, esta que varia de estado para estado (caso Leopold Henri Van Esbroeck, C-436/04, 09.03.2006), e tem por fundamento o direito à liberdade de movimento (Gözütok e Brügge, n. 38, e processo C-469/03 Miraglia [2005] ECR I-2009, n. 32).

No âmbito da jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos Humanos, são dois os casos interessantes nos quais se entendeu pela impossibilidade da responsabilização de um indivíduo na esfera administrativa e penal sobre o mesmo fato.

3.3.2.1 Caso Franz Fischer contra Áustria

No caso de Franz Fischer contra Áustria, a Corte Europeia dos Direitos Humanos, reunida em sessão Plenária, proferiu decisão datada de 29.08.2001 no

49. Op. cit., p. 79.

sentido da impossibilidade da cumulação das sanções administrativa e penal com fundamento no princípio do *non bis in idem*.

O caso teve origem em um pedido (n. 37.950/1997) contra a República da Áustria com fundamento no antigo art. 25 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais por um cidadão austríaco, Franz Fischer, em 08.09.1997, o qual alegou a violação de seu direito de não ser julgado ou punido duas vezes pelo mesmo fato. Em 06.06.1996, Franz Fischer dirigia sob a influência de bebida alcoólica,e atropelou um ciclista, causando a sua morte. Além disso, foi embora sem parar para dar assistência e só se entregou à polícia mais tarde naquela noite. Em 13.12.1996, a Autoridade Administrativa do Distrito de St. Pölten (*Bezirkshauptmannschaft*) considerou Franz Fischer culpado por ilícito administrativo (*Verwaltungsübertretung*), condenando-o a uma pena de multa por infração à seção 5 (1) e 99 (1) (a) do Código de Tráfego Rodoviário de 1960 (*Straßenverkehrsordnung*). Em 18.03.1997, o Tribunal Regional de St. Pölten (*Landesgericht*) condenou o requerente por homicídio culposo, nos termos do art. 81, § 2.°, do Código Penal (*Strafgesetzbuch*), aplicando a pena de seis meses de prisão.

Franz Fischer recorreu contra a condenação e a sentença foi reformada pelo Tribunal de Recurso de Viena (*Oberlandesgericht*) em 24.06.1997, ao reconhecer que a dupla condenação violou o art. 4 do Protocolo 7 da Convenção,[50] tendo por um dos fundamentos a ausência de disposição de direito austríaco que dispusesse sobre o princípio da subsidiariedade entre a instância administrativa e a penal. Diante esta omissão, as instâncias seriam alternativas e, portanto, excludentes.

No seu acórdão de 05.12.1996, o Tribunal Constitucional austríaco teve que analisar a constitucionalidade do art. 99 da subsecção (6) (c) do Código de Tráfego Rodoviário, o qual dispõe sobre a infração administrativa de dirigir sob a influência da bebida alcoólica, e entendeu que não se trata de uma infração subsidiária de uma infração penal. O Tribunal Constitucional austríaco registrou que considerar um único ato como mais de uma infração foi uma carac-

50. Art. 4.° do Protocolo 7: "1. Ninguém pode ser passível de ser julgado ou punido penalmente sob a jurisdição do mesmo Estado por um crime que ele já tenha sido definitivamente absolvido ou condenado, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado. 2. As disposições do parágrafo anterior não impedem a reabertura do caso em conformidade com a lei e o processo penal do Estado em causa, se houver factos novos ou recentemente descobertos, ou se houve um vício fundamental no processo anterior, o que poderia afetar o resultado do caso. 3. Não derrogação ao presente artigo será feita nos termos do art. 15 da Convenção".

terística comum a legislação penal de muitos países europeus. No entanto, foi igualmente aceita na doutrina europeia que, por vezes, um ato único parecia constituir mais de uma infração, enquanto que a interpretação mostrou que uma infração poderia estar subsidiada em outra, de forma que não havia necessidade de punição. Observou, ainda, que a redação do art. 4.º do Protocolo 7, não se refere a "mesmo crime" (normativamente), mas sim a julgamento e punição "outra vez" (ontologicamente) pelo mesmo fato.

Desta forma, a Corte Europeia de Direitos Humanos, assim como o Tribunal Constitucional austríaco, observaram que há casos em que um ato, à primeira vista, parece constituir mais de um ilícito, enquanto que um exame mais detalhado mostra que apenas um ilícito deve ser processado porque abrange todos os elementos contidos na outra.

3.3.2.2 Caso Sergey Zolotukhin contra a Rússia

O caso teve origem em um pedido (n. 14.939/2003) contra a Federação da Rússia junto à Corte, nos termos do art. 34 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, por um cidadão russo, Sergey Aleksandrovich Zolotukhin, em 22.04.2003, quem aduziu, com fundamento no art. 4.º do Protocolo 7, que havia sido processado duas vezes em conexão com o mesmo crime, a qual, por unanimidade da Corte, foi acolhida, havendo, inclusive, condenação da Rússia por danos morais.

Na manhã do dia 04.01.2002, Sergey Zolotukhin foi levado para a Delegacia de Polícia no distrito Leninskiy de Voronezh para esclarecimento do seguinte fato: havia entrado no território militar de Voronezh, conduta proibida. No escritório do Departamento de Tráfego Rodoviário, constatou-se que Sergey Aleksandrovich Zolotukhin estava embriagado. Após alguns instantes, começou a proferir palavrões em voz alta a uma oficial e ao chefe do Departamento. A este, em particular, Sergey Aleksandrovich Zolotukhin fez ameaças e criticou a sua capacidade como um policial. Além disso, não atendeu aos pedidos do chefe para cessar com a violência verbal e física e tentou fugir do Departamento. Após oferecer resistência, foi preso. Como consequência desta conduta, foi levado para a Delegacia de Polícia onde também desacatou o chefe, incidindo nos arts. 158 e 165 do Código RSFSR de Contra-Ordenações.

Em 04.01.2002, o Tribunal Distrital Gribanovskiy considerou o requerente culpado pelo ilícito previsto no art. 158 do Código das Contra-Ordenações. No dia 15.04.2003, o Tribunal Regional de Voronezh confirmou a sentença. Sergey Aleksandrovich Zolotukhin foi condenado a três dias de detenção administrativa.

Já em 23.01.2002, Sergey Aleksandrovich Zolotukhin foi denunciado sob suspeita de ter cometido "atos desordenados, inclusive resistindo a um funcionário público que lidar com uma violação da ordem pública" – um crime previsto no art. 213, § 2 (b) do Código Penal, pelo fato ocorrido no dia 04.01.2002, na Delegacia de Polícia. Sergey Aleksandrovich Zolotukhin reclamou perante a Corte, com fundamento no art. 4.º do Protocolo 7 que, depois que ele já tinha cumprido a pena de detenção de três dias para os atos cometidos em 04.01.2002. Como fundamento, sustentou que sua condenação por infração ao art. 158 do Código das Contra-Ordenações teria satisfeito os critérios estabelecidos na jurisprudência da Corte sobre a interpretação do conceito de "infração penal". Ressaltou, ainda, que a sanção a ele imposta seria verdadeiramente uma pena, pois havia a previsão de prisão de quinze dias. Como precedente, foram indicados os casos de Engel contra Países Baixos e Lauko contra Eslováquia.

Por tais alegações, o próprio Governo russo admitiu que a natureza da sanção imposta ao requerente tinha sido penal. O importante deste julgado foi o registro da Corte de que a qualificação jurídica do procedimento ao fundamento da legislação nacional não pode ser o único critério de relevância para a aplicabilidade do princípio do *non bis in idem* no art. 4.º, § 1.º, do Protocolo 7. Caso contrário, a aplicação desta disposição seria deixada ao critério dos Estados signatários a um nível que pode levar a resultados incompatíveis com o objeto e propósito da Convenção, conforme assentado no caso Storbråten contra Noruega (dezembro, n. 12277/04, ECHR 2007).

Afirmou-se ainda que a noção de "processo penal" no texto do art. 4.º do Protocolo 7, deve ser interpretado à luz dos princípios gerais sobre as palavras correspondentes "acusação em matéria penal" e "pena" nos arts. 6.º e 7.º da Convenção, respectivamente, conforme decidido nos casos Haarvig contra Noruega (n. 11.187/05, 11.12.2007), Rosenquist contra Suécia (n. 60.619/00, 14.09.2004), Manasson contra Suécia (n. 41.265/1998, 08.04.2003), Göktan contra França (n. 33.402/1996, § 48, TEDH 2002-V), Malige contra França (23.09.1998, § 35, Reports 1998 VII) e Nilsson contra a Suécia (n. 73.661/2001, ECHR 2005).

A jurisprudência da Corte estabeleceu três critérios ("critérios de Engel") a serem considerados para determinar se houve ou não uma acusação criminal: (a) a classificação jurídica do ilícito pela legislação nacional; (b) a natureza da infração; e (c) e o grau de severidade da sanção. Os critérios de segundo e terceiro, em regra, são alternativos; contudo, excepcionalmente serão cumulativos quando a análise separada de cada critério não torna possível chegar a uma conclusão clara quanto à existência de uma acusação em matéria penal

(Jussila contra Finlândia [GC], n. 73.053/2001, §§ 30-31, CEDH 2006 e Ezeh e Connors contra Reino Unido [GC], n. 39.665/98 e 40.086/1998, §§ 82-86, CEDH X 2003).

A classificação russa da infração do art. 158, do Código das Contra-Ordenações foi caracterizada como "administrativa". No entanto, a Corte reiterou que não tem considerado infrações similares definidas por outros sistemas legais como "administrativa" por força de sua conotação penal (Menesheva contra Rússia, n. 59261/00, § 96, CEDH 2006, Galstyan contra Arménia, n. 26.986/03, § 57, 15.11.2007, e Ziliberberg contra Moldávia, n. 61.821/2000, § § 32-35, 01.02.2005).

Com efeito, esta classificação serviu para garantir a proteção da dignidade da pessoa humana e da ordem pública, dos valores e dos interesses que normalmente se enquadram no âmbito de tutela da lei penal. O grau de gravidade da sanção é determinado por referência à pena máxima potencial – e não a sua natureza – para o qual a lei aplicável prevê. Desta forma, a pena é relevante para a determinação, mas não pode diminuir a importância do que estava inicialmente em jogo. À luz de tais considerações, a Corte concluiu que a natureza do crime de mera ordenação russa, por força da severidade da sanção, é criminal, de forma que se insere dentro âmbito de abrangência do art. 4.º do Protocolo 7.

3.4 Princípio da dependência das instâncias administrativa e penal

Assim sendo, a escolha da via penal ou administrativa não guarda relação com a ideia de bem jurídico, pois se trata apenas de uma escolha de política legislativa. A dependência entre as instâncias e a consequente vedação de cumulação de sanções de natureza penal e administrativa foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional espanhol, em recurso de amparo, pela Sentença 177/1999 na qual julgou, por maioria de votos (4x2), pela vulneração ao princípio, na hipótese de um fato sancionado inicialmente pela administração e depois sobrevir uma condenação penal. Os membros da Primeira Sala da Corte Constitucional enfrentam a seguinte situação: a condenação penal do representante de uma empresa por dano ambiental e a sanção da empresa por infração à Lei de Águas.

É certo que na doutrina e jurisprudência brasileiras tradicionalmente prevaleceu (e prevalece) o entendimento de que as instâncias administrativa e penal são independentes. Isso significa que cada uma delas pode iniciar o procedimento respectivo, visando à aplicação da sanção (ou sanções) previstas em lei.[51] De antemão, portanto, decisões penais absolutórias, em regra, não

51. STF, MS 20.947/DF, rel. Min. Paulo Brossard, *DJU* 10.11.1989.

impedem nova condenação pelo mesmo fato em jurisdições administrativas ou cíveis, e vice-versa.

Entretanto, é possível que, excepcionalmente, além de utilizar o substrato probatório colhido no processo penal para instrumentalizar um processo administrativo, a sentença penal absolutória tenha implicação direta no conteúdo da decisão extra-penal. A sentença será obstáculo ao exercício da jurisdição administrativa em pelo menos duas hipóteses: (a) reconhecer a inexistência do fato (art. 386, III, do CPP) – impede decisões contraditórias no âmbito do exercício das jurisdições; e (b) reconhecer que o acusado não praticou o fato – aqui é preciso estar provada a inocência, não basta que a absolvição seja, por exemplo, com base na ausência de provas, prescrição ou, até mesmo, na atipicidade penal do fato (nestes casos não há qualquer empecilho à instauração do procedimento administrativo).

Na esteira do entendimento de que as instâncias penal e administrativa são, a princípio, independentes, resulta curial que a absolvição do agente no âmbito administrativo, em regra, não tem o condão de impedir a ação penal,[52] tanto que no âmbito dos crimes tributários – os quais se inserem dentro do gênero dos crimes econômicos –, uma hipótese peculiar é a seguinte: se a Administração tributária reconhecer a inexistência do tributo, a sua inconstitucionalidade ou ainda a sua inexigibilidade (leia-se: não há tributo devido, portanto, infração à legislação tributária), não há que se falar no crime tributário. Desta forma, na hipótese dos crimes tributários, estar-se-ia diante de uma hipótese em que a decisão administrativa vincula a esfera penal: logo, são instâncias dependentes.

A questão da independência das instâncias no crime tributário ganhou nova dimensão depois da decisão de 10.12.2003, do STF (HC 81.611). Nesta decisão, ficou assentado que constitui direito certo de todo contribuinte, uma vez autuado pelo Fisco, discutir administrativamente a exigibilidade ou a existência de tributo ou contribuição, isto é, se é devido ou não. Para o STF não há crime tributário enquanto não constituído regularmente o crédito respectivo. Este tema passou a ser debatido após a edição da Lei 9.430/1990. Seu art. 83 determina que a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária (arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/1990), "Será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente." Desde então, buscava-se a correta interpretação de tal dispositivo, o que deu ensejo a diver-

52. STJ, HC 5441/MG, rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* 02.06.1997, p. 23.802.

sos posicionamentos tanto doutrinários quanto jurisprudenciais. Chegou-se a entender que o dispositivo estabelecia uma relação de interdependência entre as instâncias, mas a linha predominante nos tribunais rechaçava por completo este pensamento, mantendo a convicção de que a nova lei não tinha o condão de alterar a natureza da ação penal dos crimes tributários.

O Pleno do STF, manifestando-se sobre o pedido de concessão de liminar postulado na ADI 1.571, que versava sobre a constitucionalidade do art. 83, por maioria de votos, em 20.03.1997, proclamou que: (a) o art. 83 da Lei 9.430/1996 não estipulara uma condição de procedibilidade da ação penal por crime tributário; (b) tal dispositivo dirige-se a atos da administração fazendária; (c) o Ministério Público não se encontra impedido de agir antes da decisão final no procedimento administrativo. Em 10.12.2003, entretanto, o STF decidiu que, no que tange aos crimes previstos no art. 1.º da Lei 8.137/1990, há necessidade de se aguardar a decisão administrativa, para somente então poder ser intentada a ação penal (HC 81.611). No bojo de sua fundamentação, assentou que o crime é material e exige a efetiva supressão ou redução do tributo. Assim sendo, para a perfectibilização do crime, há que se aguardar que o contribuinte, a partir do momento em que o débito é reconhecido como devido, recuse-se a honrá-lo ou o faça em valor inferior ao apurado.

Enquanto tramita o processo (ou recurso) administrativo, o débito tributário ainda não está devidamente reconhecido – a materialidade da relação tributária não está constituída –, levando a que se ressinta de um dos requisitos constitutivos do crime imputado aos acusados, qual seja, tributo ou qualquer acessório devido. Inexiste, assim, constituição inequívoca da tipicidade, o que resulta na falta de justa causa para a propositura da ação penal.

Perceba-se que há ausência de materialidade (existência) do crime tributário, o que leva a que a denúncia não possa nem mesmo ser recebida: não pode haver condenação (nem pedido) se não existe materialidade (crime). O correto, portanto, é o arquivamento da ação penal posto que enquanto não decidido definitivamente (pelo Fisco) se o tributo é devido ou não, está em jogo a própria existência (materialidade) do crime. Nestas situações, jamais se justifica a propositura imediata de ação penal. Aliás, quando intentada, mister se faz o seu arquivamento, como acaba de reconhecer o STF, por decisão de sua 1.ª Turma (HC 82.390). Depois de tal decisão, outras seguiram, destacando-se o HC 83.414 julgado em 02.03.2004. Ficou constando que o crime tipificado no art. 1.º, da Lei 8.137/1990 é crime material que se consuma apenas com o lançamento definitivo, o que não ocorre antes do exaurimento do procedimento administrativo. Por tal razão, no dia 11.12.2009, foi publicada a Súmula Vinculante 24: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto

no art. 1.º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo."[53]

Ampliando este entendimento, o STF, no âmbito dos crimes previdenciários (também espécie do gênero crimes econômicos), tem decidido no mesmo sentido dos crimes tributários. O Tribunal Pleno, no Inquérito 2.537 (de 10.03.2008), decidiu que no tocante ao crime de apropriação indébita previdenciária, pendente recurso administrativo em que discutida a exigibilidade do tributo, seria inviável tanto a propositura da ação penal quanto a manutenção do inquérito, sob pena de preservar-se situação que degrada o contribuinte. Conforme se observa, o STF vinculou a instância penal à administrativa nos crimes tributários (HC 81.611) e nos crimes previdenciários (Inq 2.537) cujo fundamento principal não é normativo, e sim ontológico: preenchimento ou não das elementares do tipo objetivo, o que será determinado pelo órgão com conhecimento técnico e específico sobre o tema.

Por tal razão, idêntica interpretação deve ser conferida aos crimes econômicos em sentido amplo (crimes tributários, previdenciários e bancários),[54] em razão do seu caráter técnico e específico, demandam análise de órgãos com atribuição e competência específica. Com efeito, a apuração das elementares nos crimes tributários é função do Fisco, já a identificação das elementares nos crimes previdenciários é atribuição do INSS (por exemplo) e, por fim, a individualização das elementares nos crimes bancários é de titularidade do Banco Central do Brasil. Este é um raciocínio lógico e necessário da criminalidade econômica, extremamente técnica e específica.

Por exemplo, o crime de gestão temerária, tal como tipificado no art. 4.º, parágrafo único, da Lei 7.492/1986, deve ser considerado como de perigo concreto (criação de uma situação de risco), de forma que a conduta exige a produção de perigo ao Sistema Financeiro Nacional. Com efeito, a potencialidade lesiva da conduta e da ocorrência do resultado deve ser comprovada, conforme observa Breda.[55] A ação incriminada deve ser potencialmente capaz de criar nas instituições ou nos investidores uma desconfiança da austeridade, da segurança e da credibilidade do mercado financeiro e de capitais. Esta potencialidade deve ser objetivamente comprovada.

---

53. *DJe* 232. p. 1, em 11.12.2009.

54. CALDEIRA, Felipe Machado. *Direito penal bancário: a tutela penal do banco e do crédito*. Dissertação de Mestrado, Rio de Janeiro, UERJ, 2005.

55. BREDA, Juliano. *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei 7.492/1986*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 58.

Cabe acrescentar, ainda, que a relevância e a potencialidade do perigo ao bem jurídico devem ser aferidas no contexto das operações fraudulentas, analisando-se a gestão de modo global, não se exigindo que cada ação isolada seja relevante ou perigosa.

Mesmo que o intérprete prefira filiar-se a entendimento diverso, é impossível admitir a caracterização da gestão temerária sem a potencialidade lesiva do risco criado. Adotando-se a lição de Jakobs, chega-se ao mesmo entendimento, pois o importante é que a punibilidade seja dirigida sempre à danosidade social da conduta.[56] Para Dias, a mesma análise é exigida, pois:

"A medida da necessidade de tutela de bens jurídicos não será um acto de valoração *in abstracto* (essa foi levada a cabo pelo legislador ao determinar a moldura penal aplicável: supra, § 257 ss.), mas um acto de valoração *in concreto*, de conformação social da valoração legislativa, a levar a cabo pelo aplicador à luz das circunstâncias do caso."[57]

Nesta ordem de ideias, o desfecho do processo administrativo junto à instância administrativa é necessário para a configuração de eventual crime econômico, cabendo destacar que somente será possível a sua reprovação pela instância penal por força do princípio do *non bis in idem*. Aliás, ainda que se tenha por correta a posição de Tiedemann segundo a qual surge no Direito Penal Econômico a particularidade de que o estabelecimento de tipos penais econômicos deve ser considerado menos grave do que a criação de uma "(...) *red de control omnicomprensivo* (...)" constituída por instrumentos administrativos, este caráter fragmentários não pode ser permanentemente cumprido em função da normativa comunitária europeia que determina a tutela eficaz dos bens jurídico-penais econômicos.[58] Embora não se concorde com tal afirmação, visto que se a instância administrativa é suficiente para disciplinar determinada infração econômica, ainda que de forma mais drástica, é certo que haverá ofensa ao princípio da fragmentariedade apenas quando esta instância for inadequada a tutela de determinado bem jurídico. Entretanto, o que interessa desta passagem é a constatação da impossibilidade de tutela de determinação infração econômica tanto pelas instâncias administrativa e penal.

---

56. JAKOBS, Gunther. *Derecho penal – Parte general – Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 58.

57. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as conseqüências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas, 1993. p. 228.

58. TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico*... cit., p. 70.

4. CONCLUSÃO

Sob o ponto de vista constitucional, o princípio do *non bis in idem* encontra fundamento implícito em diversos dispositivos constitucionais: princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988), da legalidade, da proporcionalidade, da segurança e da estabilidade da relações jurídicas e da solidariedade (art. 3.º, *caput*, da CF/1988).

Uma análise dos instrumentos internacionais, incorporando o princípio *non bis in idem* em uma ou outra forma revela a variedade das condições em que está redigido.

Assim, o art. 4.º do Protocolo 7, da Convenção, o art. 14, § 7.º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no art. 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia referem-se à "mesma infração" (*meme infracional*), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos fala em "mesmos fatos" (*mêmes faits*), a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, proíbe a repressão dos "mesmos fatos" (*mêmes faits*), e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional emprega o termo "mesmas condutas" (*mêmes constitutifs actes*). O corpo de jurisprudência que foi acumulado ao longo da história da aplicação do art. 4.º do Protocolo 7 da Corte Europeia de Direitos Humanos demonstra a existência de várias abordagens para a interpretação da expressão "mesma infração".

A primeira abordagem, que incide sobre a expressão "mesma infração", independentemente da qualificação jurídica dada a este comportamento, é exemplificada no acórdão Gradinger. Neste caso, Gradinger tinha sido condenado criminalmente por homicídio culposo e também multado em processos administrativos por condução sob a influência de álcool. A Corte considerou que, apesar da designação, natureza e finalidade as duas infrações eram idênticas, posto que baseadas na mesma conduta do autor do fato.

A segunda abordagem também procede da premissa de que uma única conduta pode dar ensejo à infrações diversas (*concours d'infractions*), que podem ser julgados em processos separados e em instâncias separadas. Esta abordagem foi desenvolvida pela Corte no caso de Oliveira (citado acima), no qual foi considerado um exemplo típico de uma única conduta, constituindo infrações diversas. No caso de posterior Göktan, a Corte declarou que não houve violação do art. 4.º do Protocolo 7 porque a conduta ilícita o requerente constituiu duas infrações distintas: uma infração penal pelo descaminho e uma infração aduaneira pelo não pagamento das multas. Esta abordagem também foi empregada em casos de Gauthier contra França (dezembro, n. 61.178/2000, 24.06.2003) e Ongun contra Turquia (dezembro, n. 15.737/2002, 10.10.2006).

A terceira abordagem, sendo esta a atual jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, coloca a ênfase nos "elementos essenciais" das infrações. Em Franz Fischer contra Áustria (n. 37.950/1997, 29.05.2001), a Corte confirmou que o art. 4.º do Protocolo 7 deve levar em consideração se as infrações possuíram ou não os mesmos "elementos essenciais", como no caso de Joschka Fischer. Caso afirmativo, não haveria qualquer razão para considerar que o autor do fato poderia ser processado por cada um deles em cada instância. A mesma abordagem foi seguida no caso de WF contra Áustria (n. 38.275/1997, 30.05.2002) e Sailer contra Áustria (n. 38.237/1997, 06.06.2002), ambos os quais foram baseados em um conjunto de circunstâncias semelhantes.

A Corte reitera que a Convenção deve ser interpretada e aplicada de uma forma que torne os seus direitos práticos e eficazes, e não teóricos e ilusórios. É um instrumento vivo que deve ser interpretado à luz das condições atuais (Tyrer contra Reino Unido, 25.04.1978, § 31, série A, n. 26, e Christine Goodwin contra Reino Unido [GC], n.. 28.957/1995, § 75, CEDH 2002 VI). As disposições de um tratado internacional, como a Convenção devem ser interpretadas à luz dos seus objetivos e finalidades, e também em conformidade com o princípio da eficácia dos direitos fundamentais (Mamatkulov e Askarov contra Turquia [GC], n. 46.827/1999 e 46.951/1999, § 123, CEDH 2005 I).

Desta forma, a Corte assinala ainda que a abordagem que enfatiza a qualificação jurídica das duas infrações é demasiado restritiva sobre os direitos do indivíduo, não se limitando a sua análise o simples fato de que a pessoa foi processada pela mesma infração, sob o risco de comprometer o garantia consagrada no art. 4.º do Protocolo 7 ao invés de torná-lo prático e eficaz, como exigido pela Convenção (caso Franz Fischer).

Consequentemente, a Corte considera que o art. 4.º do Protocolo 7 (noutras palavras, o princípio do *non bis in idem*) deve ser entendido como uma vedação à acusação ou ao julgamento de uma "segunda" infração a partir de fatos substancialmente idênticos. Com efeito, no âmbito dos crimes econômicos, não será possível a punição tanto em âmbito administrativo como penal, sob pena de ofensa à série de princípios constitucionais já destacados.

5. REFERÊNCIAS

ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y Constitución. *Revista Penal*. n. 1. Barcelona: Praxis, jul. 1997.

BACIGALUPO, Enrique. *Curso de derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BALCARCE, Fabián. *Derecho penal económico. Parte general*. Córdoba: Mediterránea, 2003. t. I.

BARBERO SANTOS, Marino. Presentación. *Criminalidad organizada. Reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*. Ciudad Real: Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 1999.

BLANCO CORDERO, Isidoro. Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio. *Criminalidad organizada. Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*. Ciudad Real: Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 1999.

BREDA, Juliano. *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei 7.492/1986*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BUJÁN PÉREZ, Carlos Martinez. *Derecho penal econômico y de la empresa. Parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal. Parte general*. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1984.

CALDEIRA, Felipe Machado. *Direito penal bancário: a tutela penal do banco e do crédito*. Dissertação de Mestrado, Rio de Janeiro, UERJ, 2005.

_____; NEVES, Eduardo Viana Portela. *Manual de direito penal*. Salvador: JusPodivm, 2011, no prelo.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 1996.

COSTA, José de Faria. O *perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo. Del "derecho penal liberal" al "derecho penal del enemigo". *Revista de Derecho Penal y Criminologia*. n. 14. 2004. Disponível em: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2004-14-5030&dsID=Documento.pdf]. Acesso em: 05.04.2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: as conseqüências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas, 1993.

_____. O comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

FONSECA, Hugo Duarte. *Temas de direito penal econômico*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. Perspectivas del derecho penal futuro. *Revista Penal*. vol. 1. p. 37-41. Huelva/Salamanca/Castilla-La Mancha: Práxis, jan. 1998.

HERZOG, Félix. Algunos riesgos del derecho penal del riesgo. *Revista Penal*. vol. 4. p. 54-57. Huelva/Salamanca/Castilla-La Mancha: Praxis, 1999.

HIRSCH, Hans Joachim. Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y procesal penal en la Unión Europea. In: AA.VV. *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Ad-Hoc/Del Puerto 2005.

JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoria de la Imputación*. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlo. Problemas derivados de la internacionalización de la delincuencia económica. *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia econômica. Estudios de Derecho Judicial*. n. 61. Madrid: Ed. CGPJ, 2005.

KAISER, G. *Introducción a la criminologia*. 7. ed. Trad. Rodríguez Muõz. Madrid, 1987.

LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. *Acumulación de sanciones penales y administrativas*. Barcelona: Bosch, 1998.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. fasc. 3. ano XLII. p. 802-820. Milano: Giuffrè, jul.-set. 1999.

MORRIS, Albert. *Criminology*. New York: Longmans, 1935.

NORMANDEU, André. Les "déviations en affaire" et les "crimes em col blanc". *Déviance et criminalité*. Paris: Armand Colin, 1970.

PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia. *Tratado de criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

PALIERO, Carlo Enrico. Tecniche di tutela e riforma del Codice Penale. *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola, e francese a confronto*. Padova: Cedam, 1995.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique (coord.). *Curso de derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expanción del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

SPOLANSKY, Norberto Eduardo. Integración regional y delitos económicos. In: AA.VV. *Teorias actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc 1998.

SUTHERLAND, Edwin. H. White collar criminality. *American Sociological Review*. vol. 5. n. 1. p. 1-12. New York: N. Y. Dryden Press, feb. 1940.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Trotta, 1995.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007.

_____. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

_____. *Poder económico y delito (introducción al derecho penal económico y de la empresa)*. Barcelona: Ariel, 1985.

VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Sanciones y Reparación en el Derecho Penal Económico. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (coords.). *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Madrid: Colex, 2008.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. La Globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In: PIERANGELI, José Henrique (coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas. *Criminalidad organizada. Reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*. Ciudad Real: Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 1999.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A criminalidade econômica, de René Ariel Dotti – *RT* 602/1985;
- Contexto e conceito para o direito penal econômico, de Celso Eduardo Faria Coracini – *RT* 829/429;
- O direito penal econômico, de João Marcello de Araújo Júnior – *RBCcrim* 25/142; e
- Sanções administrativas e princípios de direito penal, de Edilson Pereira Nobre Júnior – *RT* 775/449.

Veja também Jurisprudência

- Reconhecimento da subsidiariedade do direito penal em crime contra o sistema de telecomunicações, diante da possibilidade de reparação do dano por via administrativa – *RT* 907/812.

NOTAS REFLEXIVAS EM TORNO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO E DO CONTEÚDO MATERIAL DO ILÍCITO PENAL ECONÔMICO

2

Reflexion notes about economic criminal law and the material content of the criminal economic crime

STEPHAN DOERING DARCIE

Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (Portugal). Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Financeiro e Econômico

RESUMO: O presente escrito tem por objeto o direito penal econômico e, mais especificamente, o ilícito penal em matéria econômica. Analisam-se as características do direito penal econômico, que acabam por dificultar a visualização de um conteúdo material pré-determinado para o ilícito penal, bem como a questão da sua autonomia e do alcance a ela atribuível. Busca-se, com isso, afirmar a necessidade de se observar, mesmo no âmbito do direito penal econômico, o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, fornecendo elementos para vincular o ilícito penal em matéria econômica a esse preciso modelo de crime.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal econômico – Ilícito penal econômico – Ilicitude material – Princípio da ofensividade.

ABSTRACT: The purpose of this article is to address Economic Criminal Law with a special focus on the criminal unlawful act in economic matters. The characteristics of Economic Criminal Law are analyzed as they impair the view of a predetermined content in the criminal unlawful act; it also deals with the issue of autonomy of Economic Criminal Law and the reach of of this precise autonomy. The article reinforces the need to observe, even within Economic Criminal Law, the pattern of crime as offense to protected legal goods, providing elements to link the unlawful act in economic matters to this precise pattern of crime.

KEYWORDS: Economic criminal law – Criminal unlawful act in economic matters – Substantive unlawfulness – Offense principle.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Direito penal econômico: do seu surgimento à sua autonomia. Para uma compreensão dos problemas relativos ao conteúdo material do ilícito penal econômico: 2.1 Breve excurso acerca do surgimento do direito penal econômico e do seu cenário de inserção; 2.2 Definição e conteúdo do direito penal econômico: 2.2.1 Conceito de direito penal econômico; 2.2.2 Principais características do direito penal econômico; 2.2.3 Da autonomia do direito penal econômico; 2.3 Por conseguinte, os problemas que se colocam em relação ao conteúdo material do ilícito-típico do direito penal econômico: 2.3.1 Proximidade teleológica com o direito administrativo sancionador; 2.3.2 Perda de densidade do conceito de bem jurídico e progressivo afastamento do seu núcleo: a criminalidade econômica como *Vorfeldschutz*; 2.3.3 A prescindibilidade da ofensa como conteúdo possível da autonomia conferida ao direito penal econômico - 3. Da necessidade de uma vinculação entre o ilícito-típico do direito penal econômico e o modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais: 3.1 Do sentido de uma busca pelos pressupostos materiais do ilícito penal à luz da autonomia conferida ao direito penal econômico; 3.2 O modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais como fundamento de validade do direito penal. Os dois níveis de valoração necessários à intervenção penal no âmbito econômico: 3.2.1 Valoração positiva: a dignidade de tutela penal e a necessidade de tutela penal dos bens jurídicos econômicos; 3.2.2 Valoração negativa: a ofensa como limite e os distintos níveis de ofensividade - 4. Conclusão - 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

As especificidades que circunscrevem toda a noção de direito penal econômico resultam diretamente em significativa perda de rigor na determinação do conteúdo material do ilícito penal em matéria econômica. Essa perda de rigor fica a dever-se, em parte, às verdadeiras dificuldades dogmáticas que o seu objeto impõe e, em parte, à própria finalidade que subjaz à ideia de regulação da economia pelo Estado, tendente à instrumentalização do direito penal. A esse cenário, agrega-se o problema da autonomia da disciplina do direito penal econômico, levando-nos a indagar sobre a possibilidade de se prescindir, em tal âmbito, de princípios basilares do direito penal clássico, notadamente o princípio da ofensividade, em nome dessa precisa autonomia que se lhe atribui.

O percurso eleito para a reflexão proposta divide-se em duas partes: na primeira delas, investiga-se o contexto do surgimento do direito penal econômico, passando pela sua definição e pelas suas características, e culminando com os principais problemas que, quanto a nós, dificultam a visualização de um conteúdo material crítico e bem delimitado para o ilícito penal em matéria econômica; na segunda parte, busca-se examinar os fundamentos pelos quais o direito penal econômico deve vincular-se ao princípio da ofensividade, bem como os termos mediante os quais tal vinculação deve ser compreendida, à luz das peculiaridades do objeto em questão. O escrito finda com sucinta conclusão.

2. DIREITO PENAL ECONÔMICO: DO SEU SURGIMENTO À SUA AUTONOMIA. PARA UMA COMPREENSÃO DOS PROBLEMAS RELATIVOS AO CONTEÚDO MATERIAL DO ILÍCITO PENAL ECONÔMICO

2.1 Breve excurso acerca do surgimento do direito penal econômico e do seu cenário de inserção

A regulação jurídico-penal da economia – cuja primeira grande conclamação remonta aos períodos de guerra e pós-guerra marcados pela escassez de bens, necessidade de mobilização econômica e "reconstrução dos escombros" –[1] desponta e angaria significativa dignidade a partir da consolidação da ideia do Estado Social de Direito, uma vez que tal modelo político, afastando-se de um pensamento liberal segundo o qual o Estado "é tanto mais perfeito quanto mais permite e garante a todos o desenvolvimento da liberdade individual",[2] pressupõe um Estado pró-ativo, "agente de realizações que se reportam principalmente ao domínio da economia, na qualidade de responsável principal pela condução e operatividade das forças económicas, enquanto verdadeira alavanca da sociedade actual".[3] Referimo-nos, portanto, a uma quebra de paradigmas em relação à postura política até então vigente, passando a norma jurídica da neutralidade axiológica à assunção de conteúdos valorativos, transformando-se, pois, na expressão de Cabral de Moncada, em uma espécie de "programa de realizações".[4] O Estado propõe-se agora a atuar positivamente, por via de

1. Como nos falam: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infracções contra a economia nacional. In: _____; _____. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários – Problemas gerais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I, p. 322. Para uma perspectiva histórica e comparatística acerca do surgimento do direito penal econômico, ver p. 323 e ss.
2. MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito económico*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. p. 23. No contexto, pois, de um Estado liberal, ainda segundo Cabral de Moncada, a economia acaba por consistir em "um terreno politicamente neutro, baseado em relações não políticas mas sim de mercado cujo pressuposto não é o poder unilateral e personalizado mas a troca impessoal e abstracta de mercadorias através do contrato", e o mercado, por conseguinte, não é resultado senão do "jogo espontâneo da actividade privada" (MONCADA, Luis S. Cabral de. Op. cit., p. 29 e 31, respectivamente).
3. Idem, p. 32.
4. Idem, p. 34 e 35. Nesse contexto, segundo o autor, a lei constitucional assume um conteúdo que se traduz precipuamente "no reconhecimento de direitos e deveres económicos e sociais bem como na tomada de posição a favor de uma certa e determinada ordem económica a construir", o que implica uma alteração na própria

medidas "desenvolvimentistas" e "salutistas" (*Daseinvorsorge*),[5] de modo a obter um correto funcionamento do mercado[6] e das demais questões ligadas à economia, valendo-se precisamente, para tal, do instrumentário jurídico.[7]

Dentre as ferramentas jurídicas de que dispõe o Estado para a consecução destas tarefas, o direito penal se oferece como um instrumento dotado de "particular efetividade".[8-9] Daí porque a sua utilização no âmbito econômico seja

---

concepção de Estado de Direito, evoluindo ele "de uma noção formal e garantística (...) a uma noção material e conformadora". A propósito, aliás, da celeuma em torno do sentido que se pretende ver atribuído ao reconhecimento constitucional dos direitos econômicos e sociais em questão, ver, no contexto português: MIRANDA, Jorge. A interpretação da Constituição económica. *Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, t. I, p. 282-287.

5. MONCADA, Luis S. Cabral de. Op. cit. [n. 2], p. 60.
6. Idem, p. 36. O autor chama atenção para o fato de que o termo "mercado" não é sinônimo de "atividade privada", sendo certo que a intervenção estatal, quer corrigindo, quer controlando, quer conformando o espontâneo funcionamento derivado das decisões econômicas na órbita privada, tem por escopo exatamente possibilitar o mercado, não sendo ele, definitivamente, resultado natural e bruto daquelas decisões.
7. Com o que não pretendemos sugerir ou sequer entrar na discussão relativa ao fato de a economia ocupar ou não uma posição de subordinação para com o direito. Em bom rigor, valendo-nos, aqui, do magistério de Vital Moreira, qualquer tentativa de se compreender a relação entre economia e direito tomando tais sistemas de forma isolada – isto é, atribuindo a qualquer um deles uma preponderância determinativa – estará fadada ao insucesso por descurar do fato de que essa relação se insere "numa compreensão teórica do conjunto da estrutura social (e não, apenas, cultural), em que as estruturas do jurídico e do económico adequadamente se enquadrem" (MOREIRA, Vital. Economia e direito: para uma visão estrutural das suas relações. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XIX, p. 82-83; para um excurso sobre as possíveis formas de perceber essa precisa relação entre economia e direito, p. 38 e ss.; para a particular visão do autor, p. 77 e ss. e, especialmente, p. 83-85). O que estamos a sublinhar, todavia, é algo distinto, que diz respeito tão somente ao fato de o direito – na estrita perspectiva da normatividade que lhe é ínsita, e sem a qual não subsiste enquanto direito – ser utilizado como instrumento de mediação entre o campo político e o campo econômico.
8. Termo que tomamos emprestado de: DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. In: _____ et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários – Problemas gerais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I, p. 37.
9. A eficiência do direito penal é indesmentível. Se adverte – e bem, sublinhe-se a traço grosso – que não é possível, por via do direito penal, atingir a todos os objetivos colimados pela administração pública, não se pode negar, por outro lado, que a ameaça da pena é o meio mais gravoso de que dispõe o Estado para intervir na esfera de

tão mais recorrente e expressiva quanto mais intervencionista seja o modelo político em questão.[10] É precisamente neste contexto – de um Estado das prestações sociais – que se consolida[11] a ideia de um direito penal voltado para a

liberdades individuais, razão pela qual, no mais das vezes – a exceção fica a cargo exatamente de casos situados no âmbito econômico, nos quais as sanções administrativas podem por vezes ser consideravelmente mais eficazes –, é, também, o mais dissuasivo. Em vista exatamente disso, fala-nos Correia que, para lograr obediência aos planos, providências, diretivas e condutas instituídos pela administração pública como via de obtenção do bem-estar social – falando-se, aqui, fica claro, do "espírito do Estado Social", na expressão do próprio autor – "tem o Estado que ameaçar a sua violação com certas reacções" (CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: _____ et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários – Problemas gerais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I, p. 4). De forma bastante próxima, fala-nos Figueiredo Dias que, a partir do momento em que o Estado toma para si "as tarefas crescentes e cada vez mais complexas da *Daseinsvorsorge*", é compreensível que a administração busque cumpri-las da forma mais dinâmica possível, o que acaba por resultar na prática de ameaçar com penas zonas cada vez mais amplas da ordem jurídica. Na precisa síntese do autor: "o legislador foi-se deixando seduzir pela ideia, perniciosa mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social" (DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit. [n. 8], p. 37).

10. Razão por que, se bem vemos, afirmava Costa Andrade, no já longínquo ano de 1975, por ocasião dos trabalhos prévios à aprovação da Constituição portuguesa de 1976, que "a vocação claramente intervencionista dos modelos políticos até aqui trilhados aponta no sentido de uma mais cuidada atenção à ordem económica, aumentando irreversivelmente a esfera do dever ou do proibido e, consequentemente, a da infração possível" (ANDRADE, Manuel da Costa. O direito penal econômico na Constituinte. *Revista de Direito e Economia*, n. 1, ano I, p. 323). Também o reconhece Correia, ao afirmar que "numa sociedade que funciona com uma função modeladora directiva, passando por eixos fixados na propriedade social e num plano central da economia, o vencer as resistências que se lhe opõem pode exigir que se criem muitos delitos ameaçados com penas severas" (CORREIA, Eduardo. Notas críticas à penalização de actividades econômicas. In: _____ et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários – Problemas gerais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I, p. 367). É isso, aliás, o que leva Figueiredo Dias e Costa Andrade a afirmar que, em certa medida, "a história da edificação do socialismo é a história da luta contra o crime económico" (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit. [n. 1], p. 320 e nota 2).

11. É proposital o emprego do termo "consolidar" no lugar de "inaugurar". Isso porque a ideia de o Estado intervir penalmente no campo econômico já se fazia presente mesmo antes da passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Em bom rigor, a utilização do direito penal no âmbito econômico é uma realidade que já se deixava perceber desde o direito romano, com a punição da alta de preços e da importação de comércio de cereais, até o mais extremado liberalismo, através da criminalização

economia, com a indisfarçável pretensão de regulá-la. Podemos mesmo dizer que a partir de tal marco o direito penal jamais retrocedeu. Pelo contrário. A partir desta substancial alteração na percepção do conteúdo dos deveres do Estado para com a sociedade, o que vimos foi uma nem tão paulatina expansão do direito penal em geral,[12] bem como do papel e importância a ele atribuídos enquanto instrumento de controle da economia, em especial.[13]

---

de algumas formas de especulação, bem como da defesa da concorrência (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit. [n. 1], p. 323-324). Veja-se, no contexto brasileiro, o próprio Código Penal da "República dos Estados Unidos do Brazil", que criminalizava, já em 1890, condutas como fabricar, falsificar e introduzir em circulação moeda falsa (arts. 239, 240 e 241), falsificar medidas (art. 242) e, inclusive, causar ou provocar greve (art. 206), crime esse que, pese embora previsto sob a rubrica "dos crimes contra a liberdade do trabalho", possuía como clara razão de ser a proteção do bom funcionamento das atividades comerciais. Por seu turno, no contexto português, fala-nos Correia que o Código Penal de 1852 já previa crimes relacionados à garantia e à proteção da concorrência na economia de mercado livre, tais como o crime de açambarcamento, de monopólio, de coligação contra a lei da oferta e da procura no trabalho, entre outros (CORREIA, Eduardo. Introdução ao direito penal económico. In: _____ et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários – Problemas gerais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I, p. 293-294, nota 2). Assim, o fenômeno que o Estado Social verdadeiramente traz consigo é um progressivo alargamento, uma significativa inflação da área de interesse penal no próprio âmbito da economia, passando o direito penal a se relacionar, de forma muito mais imediata e perceptível, aos fins político-sociais colimados pela Administração (ver, a esse respeito, nossa nota 9). Essa expansão penal, contudo, não é senão resultado de uma anterior e substancial alteração já na forma de perceber as questões econômicas. Daí afirmarem Marinucci e Dolcini que o direito penal contemporâneo – em alusão ao notório aumento de atenção para com bens supraindividuais – não resulta "de uma visão pan-penalista de controle social por parte da doutrina e do legislador, mas sim das transformações econômico-institucionais, que fizeram emergir novas entidades merecedoras e carentes de pena, ou que acrescentaram a importância dos bens coletivos clássicos" (MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Derecho penal "mínimo" y nuevas formas de criminalidad. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 9, p. 160).

12. Seja através do surgimento natural de novos interesses, seja através da efetiva aparição de novos riscos, seja, ainda, em razão do sentimento de insegurança social, fatores dos quais nos fala: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 25 e ss.

13. Especificamente no que diz respeito ao direito penal como ferramenta de controle da economia, não podemos senão atribuir o seu cada vez maior protagonismo, em especial, ao descrédito das demais instâncias de proteção (ver, sobre o ponto: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit. [n. 12], p. 61 e ss.).

Isto, por um lado. Por outro lado, este cenário deve também ser imputado, em alguma medida e agora deslocando a análise para um plano político-conjuntural,[14] ao fato de o direito penal atravessar, marcadamente nos anos mais recentes, um momento de exaltação. O direito penal é, mais do que em outros tempos, solicitado pela opinião pública, o que acaba por se refletir quer em um significativo aumento do produto legislativo em matéria penal,[15] quer

14. Uma nota é, aqui, necessária. Para lá de uma perspectiva fragmentária ou contenutística de apreensão da historicidade jurídico-penal, relacionada ao sucessivo processo de seleção de matérias e de zonas de incriminação por parte do ordenamento jurídico-penal, identificamos, ainda, uma perspectiva político-conjuntural, a qual se prende com a oscilação, ao longo do tempo, do expectado grau de intensidade da resposta jurídico-penal aos conflitos surgidos no seio social. Falamos, assim, da sistemática sucessão de inclinações por parte dos atores políticos envolvidos no sistema jurídico-penal para uma maior ou menor utilização do aparato jurídico-penal como forma de responder aos problemas da sociedade de apreensão da historicidade jurídico-penal. O termo "político" aqui empregue, refere-se, pois, à segunda destas dimensões. O que não deve, em hipótese alguma, ser confundido com a alteração do paradigma político atrás referido, de um Estado Liberal para um Estado Social. Tal alteração, não obstante o fato de representar uma mudança no plano político, ao encerrar toda uma nova forma de interpretar os deveres socioeconômicos do Estado insere-se na dimensão fragmentária de apreensão da historicidade jurídico-penal. Trata-se, aqui, em última análise, de uma substancial alteração na própria macroestrutura social, na qual se inserem tanto o direito quanto a economia (ver, a esse respeito: MOREIRA, Vital. Op. cit. [n. 7], p. 77 e ss.), o que acaba por conduzir naturalmente à dignificação de novos espaços de interesse jurídico-penais – reflexo da eticização por que passa o direito penal econômico –, estando, por essa precisa razão, para muito além de significar uma simples "tendência" quanto à intensidade da resposta criminal, essa sim aspecto do qual deve curar a dimensão político-conjuntural da historicidade jurídico-penal, nos termos em que a visualizamos.

15. Reportamo-nos, aqui, especialmente, ao contexto brasileiro, onde não raro leis são promulgadas ao calor de fatos de grande repercussão midiática. O que verdadeiramente parece ocorrer no Brasil é que os níveis de violência e de criminalidade são tamanhos que a população atingiu um grau de intolerância frente ao crime sem precedentes. Tal panorama, fácil é de notar, acaba por sedimentar um terreno extremamente fértil para práticas como o "populismo punitivo", o que bem pode explicar boa parcela dessa irrefletida legislação penal. Diga-se, contudo, em abono da verdade, que o processo de hipercriminalização determinado por razões de psicologia política não pertence exclusivamente à realidade brasileira, tendo já afirmado Figueiredo Dias, na companhia de Morris e Hawkins, "ser por regra muito mais agradável aos políticos ceder às sugestões de sobrecriminalização, como modo de evidenciarem aos eleitores a sua virtude moral e o seu fervor político, do que escogitar medidas pragmáticas de política não criminal que poderão facilmente passar aos olhos dos cidadãos desprevenidos como reveladoras de fraqueza, quando não de cumplicidade, perante os male-

em uma constante prolação de decisões judiciais de duvidoso conteúdo garantístico.[16] Daí não causar qualquer surpresa o fenômeno de hipercriminalização que se tem podido verificar globalmente e não apenas em sede de direito penal econômico, mas quase que na totalidade das áreas de incriminação próprias do direito penal secundário.

Em suma, quer por razões de efetiva imprescindibilidade à luz dos problemas surgidos no contexto social, quer por força de uma momentânea inclinação política à utilização do aparato jurídico-penal, o fato é que o direito penal econômico é uma realidade cada vez mais presente, com a qual, de uma forma ou de outra, temos de saber lidar. Partindo dessa premissa, voltemos nosso olhar, a partir de agora, ao seu conceito e aos aspectos que o caracterizam.

2.2 Definição e conteúdo do direito penal econômico

2.2.1 Conceito de direito penal econômico

A primeira prova da arduidade da tarefa de definir o direito penal econômico e o delito econômico é a expressiva diversidade de formulações que tais realidades acabam por encontrar. Inscrevem-se, aqui, inclusive, tentativas de defini-los a partir de considerações que sequer pertencem ao universo circunscrito pela dogmática jurídico-penal, possuindo antes natureza criminológica e criminalística.[17]

---

fícios do crime e da delinquência" (DIAS, Jorge de Figueiredo. Lei criminal e controlo da criminalidade: o processo legal-social de criminalização e de descriminalização. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 36, p. 75-76).

16. A menção, aqui, continua a ser direcionada ao contexto brasileiro, ao qual podemos nos reportar com alguma propriedade. Julgamos que uma boa forma de ilustrar o que acaba de ser valorado é a quantidade de prisões preventivas decretadas, no Brasil, sob o fundamento do "clamor público" ou do "clamor social", que não encontram, por óbvio, qualquer respaldo legal.

17. A perspectiva criminológica, tomando por pressuposto a notória formulação de Sutherland (para uma dimensão da importância atribuída à obra de Sutherland, ver: ZIRONI, Stefano. Il delitto dei "colletti bianchi" nella teoria di Edwinh Sutherland. *Il diritto dell'economia*, vol. 3, p. 785-791), define o crime econômico como sendo o crime praticado por indivíduos de elevado escalão social; a perspectiva criminalística, diferentemente, busca definir o delito econômico através da circunstância de tal criminalidade, por conta da sua significativa complexidade, apenas poder ser investigada e processada por via de procedimentos especiais, com altos investimentos e com a atuação de autoridades policiais e judiciárias portadoras de particular conhecimento (ver, a esse respeito, as referências de: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da

Julgamos metodologicamente adequado tomar como ponto de partida a definição que nos é trazida por Bajo Fernández e Bacigalupo Saggese, para quem "o direito penal econômico apresenta-se como uma parte do direito penal que se aglutina em torno do denominador comum da atividade econômica", consistindo ele no "conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica".[18] Esta definição, contudo, não esgota a problemática. Na realidade, a questão fundamental que aqui se coloca é a de saber, ao certo, o que exatamente está em causa ao se utilizar o designativo *ordem econômica*.[19] Está-se, afinal, diante de um ramo do direito penal cuja tutela recai sobre o bem jurídico definível como a "ordem econômica" ou, diferentemente, diante de um simples critério lógico de sistematização, ligado às condutas que, mediata ou imediatamente, atentam contra interesses de natureza econômica? A resposta a tal indagação não é tarefa simples e demanda algumas considerações.

Em primeiro lugar, é necessário destacar a existência de dois possíveis conceitos para a "ordem econômica", dos quais decorrem igualmente duas formas de perspectivar o conteúdo do direito penal econômico e, assim, dos delitos econômicos: o *conceito estrito* e o *conceito amplo*. Esta dualidade conceitual reflete a própria tensão dialética, referida por Figueiredo Dias e Costa Andrade, que se estabelece no sistema capitalista entre a ideia de liberdade e a ideia de intervenção estatal, daí resultando a necessidade de se proteger, *pari passu*, o dirigismo econômico no sentido pretendido pelo Estado e "o livre curso dos processos económicos".[20] Assim, enquanto em um sentido estrito de ordem

---

Costa. Op. cit. [n. 1], p. 332-333; e CORREIA, Eduardo. Op. cit. [n. 11], p. 309 e 314 e ss.). Tais critérios, como facilmente se percebe, são passíveis de críticas. A perspectiva criminológica, ao atrelar a definição do direito penal econômico à especial qualidade do agente, exclui manifestamente deste designativo as ações que, conquanto violadoras da ordem econômica, sejam praticadas por agentes de inferior estatuto social (assim: CORREIA, Eduardo. Op. cit. [n. 11], p. 309). A perspectiva criminalística, por seu turno, ao assumir como critério nuclear do fenômeno uma sua característica circunstancial, descura de diversas imposições de ordem dogmática e político-criminal (neste sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit. [n. 1], p. 333).

18. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2010. p. 11.

19. Como, aliás, reconhecem os próprios autores, ao afirmarem que "a chave para desentranhar em toda a sua profundidade o sentido e alcance desta definição reside no objeto de proteção: a ordem econômica" (idem, p. 11).

20. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit. [n. 1], p. 326. "Entre os dois – prosseguem os autores – há a diferença que separa, v.g., uma norma que

econômica o direito penal econômico consistirá no conjunto de normas incriminatórias relacionadas imediatamente à atividade interventiva do Estado no âmbito econômico, no seu sentido amplo o direito penal econômico traduzirá o conjunto de normas incriminatórias que se ligam em primeira linha às atividades econômicas inerentes ao funcionamento do mercado, tais como a produção, distribuição e consumo de bens e serviços.[21]

É certo que alçar a *ordem econômica* à condição de bem jurídico diretamente tutelado – e, pois, integrante do próprio tipo penal – é algo significativamente mais factível, mais tangível a partir de uma compreensão estrita,[22] uma vez que a regulação da economia, aqui, aparece em caráter imediato.[23] Todavia, mesmo

---

penaliza a violação dos preços máximos e outra que pune as práticas restritivas da concorrência".

21. De forma similar: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Op. cit. [n. 18], p. 12-15; também assim: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa – Parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 94-95. Comungando de tal entendimento, em certa medida, no contexto alemão: TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho economico, de derecho penal economico y de delito economico. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 10, p. 67-68; e, do mesmo autor, *Lecciones de derecho penal económico (comunitário, español, alemán)*. Barcelona: PPU, 1993. p. 31. A ressalva deve-se a uma razão. Salvo melhor juízo, afastando-se de Bajo Fernández e Bacigalupo Saggese, Tiedemann não parece identificar duas perspectivas no conceito de ordem econômica, mas sim no conceito de direito penal econômico. Tal afastamento, embora sutil a uma primeira vista – tanto que parecem não o notar Bajo Fernández e Bacigalupo Saggese, ao citarem Tiedemann quando da sua exposição dos dois conceitos de ordem econômica –, resulta no fato de que a ordem econômica, para Tiedemann, apenas se faz presente no conceito estrito de direito penal econômico, ao passo que, para aqueles autores – ao perspectivarem duplamente não já o direito penal econômico, mas antes a própria ordem econômica –, faz-se ela presente em ambos os conceitos, ainda que possa se oferecer como bem jurídico tutelado apenas no conceito estrito. Nesse contexto, contudo, se bem vemos as coisas, essa nota fica a dever-se menos a uma eventual impossibilidade jurídica do que a uma atenção às funções dogmáticas do bem jurídico (ver nossa nota 24), que não tornam recomendável a sua utilização como bem jurídico tutelado.

22. Assim: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Op. cit. [n. 18], p. 15, e TIEDEMANN, Klaus. Op. cit. El concepto de derecho econômico... cit. [n. 21], p. 67, para quem a tutela da ordem econômica aparece apenas na definição estrita de direito penal econômico. Ver nossa nota 21.

23. Razão que leva Feldens a afirmar que no direito penal econômico em sentido *lato*, "diferentemente do que ocorre numa acepção ainda mais restrita do conceito, proteger-se-ia (...) diretamente o patrimônio individual e, em segundo plano, a regulação econômica do mercado", disso resultando que "o delito econômico (...) é visto como

sob tal horizonte, dificilmente um conceito de tamanha abstração e vagueza poderia se oferecer como um elemento dogmático operatório quer do ponto de vista crítico, quer do ponto de vista hermenêutico.[24] Não se duvida, assim, que a manutenção da ordem econômica seja, de fato, um interesse perquirido[25] e, por que não, um valor legítimo e digno de tutela penal.[26] A questão, aqui,

---

aquela infração que, afetando um bem jurídico patrimonial individual, lesiona ou põe em perigo, em segundo termo, a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços" (FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 123).

24. Ver, assim: PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 11, p. 131-132. O autor afirma que as definições normalmente direcionadas aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal econômico costumam ser exageradamente genéricas e imprecisas, do que decorre, exatamente, o estiolamento de sua potencialidade crítica e interpretativa. Ver, ainda, a referência de Aires de Sousa quanto às críticas comumente direcionadas aos defensores do "sistema econômico" como bem jurídico tutelado nos crimes fiscais (AIRES DE SOUSA, Susana. Sobre o bem jurídico-penal protegido nas incriminações fiscais. In: _____ et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. vol. III, p. 300).

25. Ora, não podemos negar que a preservação e a promoção da ordem econômica são, de fato, interesses que se encontram na raiz do direito penal econômico. Cremos, contudo, que tais interesses possuem muito maior proximidade com aquilo que traduz o fundamento ético da intervenção penal no direito penal econômico do que propriamente com os objetos imediatos da tutela por esse dispensada. De forma, portanto, muito similar ao que nos fala Aires de Sousa em relação ao bem jurídico tutelado nos crimes fiscais: "Com efeito, o bem jurídico protegido nos crimes fiscais não se confunde com o fundamento ético da intervenção penal. Se este constitui a *ratio essendi* daquelas normas incriminadoras, aquele há de cumprir as funções que lhe são reconhecidas no plano dogmático, designadamente a de padrão crítico da incriminação" (AIRES DE SOUSA, Susana. Op. cit. [n. 24], p. 294).

26. Basta observar o *status* que a ordem econômica vem adquirindo em todas as mais modernas Constituições. Veja-se, assim, na Constituição brasileira, partindo embora de uma perspectiva apenas ampla, a existência de título autônomo, denominado "Da Ordem Econômica e Financeira", o qual compreende os arts. 177 e ss., e prevê, inclusive, no § 4.º do inc. V do art. 173 da CF/1988, *in verbis*, que "a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros". Veja-se, também, na Constituição de Portugal, no art. 9.º, a previsão, a título de tarefa fundamental do Estado, da promoção da efetivação dos direitos econômicos, bem como o art. 81.º, que prevê, a título de incumbência prioritária do Estado, a promoção do "aumento do bem-estar social e econômico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas".

contudo, como bem pondera Paredes Castañón, não está tanto no campo do *poder* sê-lo quanto no do *dever* sê-lo.[27]

Isso de um lado. De outro, temos de reconhecer que os bens jurídicos de cuja tutela cura o direito penal econômico, seja ele concebido a partir de um conceito amplo ou estrito de ordem econômica, particularizam-se pela supraindividualidade e pelo mais diminuto potencial de concreção, se comparados aos bens jurídicos individuais. É este, aliás, o traço que os distingue dos bens tutelados pelo direito penal patrimonial.[28] Contudo, segundo compreendemos, a diferença entre a tutela de tais bens jurídicos e a possibilidade de tutela penal da ordem econômica enquanto bem jurídico, reside no fato de que a supraindividualidade e a imaterialidade que vão aqui referidas não devem designar uma inescapável impossibilidade de concretização.[29] Dizem antes respeito a valores bem delineados, adequados, portanto, a servirem não apenas como fundamen-

---

A menção constitucional indica, assim, a dignidade que a promoção da ordem econômica angaria no contexto jurídico atual. Não estamos com isso, advertimos desde já, a sugerir – equivocadamente, a nosso ver – que a menção constitucional seja um fator determinante para a dignificação penal de um dado bem jurídico. Em bom rigor, como bem destacam Marinucci e Dolcini, a inexistência de expressa menção constitucional a determinados bens não impõe necessariamente "a sua desqualificação na escala dos valores" (MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistemática*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. p. 499; a mesma menção podemos encontrar em artigo publicado em língua portuguesa: MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 1, p. 151-198). O que apenas intencionamos pôr em relevo, aqui, é o fato irrecusável de que a Constituição, valendo-nos das precisas palavras de Feldens, "apresenta-se como um parâmetro de referência dos fatos legitimamente sujeitáveis à pena" (FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 59-60), e, nesta exata condição, ao incorporar em seu texto a ordem econômica, indicia a dignidade de sua proteção por meio do direito penal.

27. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Op. cit. [n. 24], p. 132, nota 101.

28. Assim o comum dos autores. Ver, neste sentido, a referência de: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit. [n. 1], p. 336.

29. Assertiva que, de certa forma, se bem que em contexto diverso, encontra respaldo em Roxin, que já teve a oportunidade de afirmar que "tipos penais não podem ser fundados sobre bens jurídicos de abstração impalpável" (ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: _____. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008. p. 50.

to da incriminação, mas também como elemento crítico e de interpretação dos tipos penais em questão.[30]

As considerações acima alinhavadas conduzem-nos à conclusão de que a ordem econômica, ampla ou estritamente compreendida, não deve ser interpretada como um bem jurídico autônomo tutelado, mas sim como um conceito aglutinador. A este conceito encontram-se ligados uma diversidade de bens-jurídicos de índole econômica e de natureza tendencialmente supraindividual, estes sim objetos efetivos e imediatos da tutela despendida pelo direito penal econômico por via das suas normas incriminatórias. Neste sentido, em uma tentativa de redução conceitual, podemos definir o direito penal econômico como sendo *o conjunto das normas jurídico-penais que visam à tutela imediata dos bens jurídicos imprescindíveis à manutenção da ordem econômica, estrita ou amplamente perspectivada.*

Da amplitude do conceito trazido resulta a existência de uma quantidade igualmente ampla de normas jurídico-penais heterogêneas inseridas no âmbito do direito penal econômico. Daí a necessidade de procedermos a uma sistematização, de modo a visualizarmos com maior clareza o universo pertencente ao direito penal econômico.[31] Para tal, aproximando-nos de Faria Costa, podemos segmentar a área de criminalidade econômica nos seguintes eixos: *normas jurídico-penais voltadas para a proteção da economia financeira do Estado, normas jurídico-penais voltadas para a proteção da economia da empresa* e *normas jurídi-*

30. Ver, sobre a questão, nosso tópico 2.2.1.

31. Necessidade que em muito se acentua em um cenário como, v.g., o brasileiro, no qual as normas jurídico-penais em âmbito econômico, diferentemente de alguns países da União Europeia, não possuem qualquer coerência sistêmica. Basta observarmos a quantidade de diplomas legislativos esparsos acerca da matéria. Apenas para ilustrar a desordem ora referida, veja-se o art. 334 do CP brasileiro, que prevê o crime de contrabando ou descaminho; o art. 337-A do CP, que prevê a sonegação de contribuição previdenciária; a Lei 4.792/1965, que define o crime de sonegação fiscal; a Lei 8.137/1990, que define os "crimes contra a ordem econômica, tributária e contra as relações de consumo"; a Lei 8.176/1991, que igualmente define alguns "crimes contra a ordem econômica"; a Lei 7.492/1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional; a Lei 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; e daí por diante. Isto para nos atermos aos diplomas e dispositivos mais recorrentes na matéria. Trata-se, como se percebe, de um verdadeiro caos legislativo. Daí porque a necessidade de se proceder a uma tentativa de sistematizar a vasta quantidade de normas incriminatórias presentes em tais diplomas a partir do seu *telos*, como forma de obter uma mínima visualização do panorama econômico a partir de uma perspectiva jurídico-penal.

co-penais voltadas para a proteção da coletividade e do consumidor.[32] Temos, assim, de forma relativamente clara e delimitada, o espaço dentro do qual devem se movimentar os tipos incriminadores do direito penal econômico.

2.2.2 Principais características do direito penal econômico

Tivemos já a oportunidade de referir o contexto em que se consolida a ideia de um direito penal voltado para as questões econômicas. Há, entretanto, outro aspecto – correlato e dedutível, é verdade, mas ainda assim digno de nota – a se ter presente ao examinarmos tal matéria: a própria historicidade *do* direito penal econômico. Referimo-nos, aqui, às sucessivas condutas que o direito penal vai identificando como penalmente desvaliosas dentro do próprio universo que a economia representa.[33]

---

32. FARIA COSTA, José de. *Direito penal económico*. Coimbra: Quarteto, 2003. p. 27-28.

33. Não nos esqueçamos de que o direito penal é, por natureza, fragmentário. Fragmentariedade essa que deve ser vista sob uma perspectiva dúplice. Primeiramente, arrastando consigo a ideia de que o direito penal não tutela todos os valores. O direito penal tem por escopo a proteção única e exclusiva dos valores indispensáveis ao conviver, ao *viver com*. Daí porque um determinado bem jurídico, para que possa ser adjetivado de *penal*, deve antes ser submetido aos critérios de *dignidade de tutela penal* (*Schutzwürdigkeit*) e de *necessidade de tutela penal* (*Erforderlichkeit*). Sobre tais critérios, ver, por todos: ANDRADE, Manuel da Costa. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, p. 186. Ver, ainda, nosso tópico 3.2.1. Para lá da perspectiva dos distintos bens jurídicos tutelados, há uma segunda ideia que preside a noção de fragmentariedade do direito penal: a proteção conferida pela ordem jurídico-penal não abrange a totalidade do valor em questão, mas apenas parcelas específicas, específicas formas de agressão, do que resulta que nem todas as condutas a ele relacionadas serão penalmente relevantes ou desvaliosas. A proteção penal é, neste sentido, pontual. Como nos fala Faria Costa, mesmo quando está diante de valores como o patrimônio, a economia, a saúde pública, o direito penal não os protege totalmente, tendo ele de "fragmentar essas grandes zonas do viver comunitário e eleger específicas relações que traduzam condutas humanas merecedoras de um juízo de desvalor", devendo ainda traduzi-las "em comportamentos proibidos que sejam efetivamente violadores daquilo que é verdadeiramente essencial" (FARIA COSTA, José de. O direito, a fragmentariedade e o nosso tempo. In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 22). A historicidade que ora referenciamos possui relação, portanto, com esta segunda perspectiva, uma vez que diz respeito à constante mutação que o direito penal sofre mesmo no ponto de vista das condutas que identifica como desvaliosas no âmbito interno de uma dada zona de incriminação, em nosso caso a economia.

Conquanto a nota da historicidade não seja prerrogativa exclusiva da economia, é forçoso reconhecer que nesse âmbito a mesma se reveste de particular relevância. E isto não apenas porque a economia é um dos espaços mais suscetíveis a variações de rumo, oscilando entre momentos de crise e de euforia – o que por certo repercute na forma de intervir do direito penal –,[34] mas também pelo fato de as próprias relações econômicas serem extremamente dinâmicas, modernizando-se e apetrechando-se a todo instante,[35] demandando um direito igualmente moderno e apetrechado, capaz de acompanhar tais realidades.

Tudo isto a depor no sentido de que o direito penal econômico possui um acentuado caráter conjuntural.[36] E este se oferece, precisamente, como um dos

34. Não há dúvidas de que, em termos de direito penal econômico, a produção legislativa atinge em tempos de crise patamares muito superiores aos atingidos em épocas de estabilidade econômica. Ver, neste sentido, a menção de: FARIA COSTA, José de. Breves reflexões sobre o Decreto-lei n. 207-B/75 e o direito penal económico. In: _____ et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários – Problemas gerais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I, p. 278 e nota 1.

35. Particularmente elucidativo a título de ilustração do ora valorado é o excurso de: CORREIA, Eduardo. Op. cit. [n. 11], p. 293-294, nota 2. O autor dá conta de que a utilização de certos meios de pagamento, como cheques e cartões de créditos, conduz à necessidade de sua específica tutela por parte do direito penal. Assim também sucede, ainda segundo o autor, com o desenvolvimento da técnica, como a informática, que leva à necessidade de proteção penal; bem como o desenvolvimento dos seguros, o aumento da procura de créditos para financiar as grandes empresas, o alargamento da tributação, a questão das taxas alfandegárias, a multiplicação das multinacionais, entre outras tantas mutações no próprio seio da economia. Tudo isto a depor no sentido de que a própria dinamicidade da economia demanda uma constante evolução também por parte do direito penal, para que, apenas assim, possa ele oferecer a necessária proteção a tais realidades. Para dizê-lo com Faria Costa, "a contínua resposta aos problemas económicos, no domínio do direito penal económico, implica uma constante renovação do seu conteúdo legislativo para, desta forma, se poder responder adequadamente e em tempo às irrefragáveis dimensões da prevenção e da retribuição jurídico-penais ínsitas neste ramo do direito" (FARIA COSTA, José de. Op. cit. [n. 34], p. 292).

36. Termo que já utilizava: CORREIA, Eduardo. Op. cit. [n. 10], p. 367. Utiliza o mesmo termo, no contexto brasileiro: GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 231-232, em referência à instabilidade que marca determinadas situações e estados econômicos, impondo exatamente, ainda segundo o autor, a flexibilidade e dinamicidade "dos instrumentos normativos de que deve lançar mão o Estado para dar correção a desvios ocorridos no desenrolar do processo econômico e no curso das políticas públicas que esteja a implementar". Ver nossa nota 35.

traços mais particulares, senão o mais particular, que se pode surpreender no âmbito do direito penal econômico.[37]

Outra característica digna de nota, conforme já tivemos a oportunidade de destacar, diz respeito ao fato de o direito penal econômico se ocupar de bens jurídicos de índole tendencialmente supraindividual. Tais bens jurídicos, segundo a definição de Figueiredo Dias, têm como nota essencial o fato de poderem ser gozados "por todos e por cada um, sem que ninguém deva poder ficar excluído desse gozo".[38] Todavia, não obstante a relação difusa que se estabelece entre tais bens e os indivíduos, fato irrecusável é que a maior parte daqueles – como, aliás, é próprio dos bens jurídicos que compõem o chamado direito penal secundário – não habita o senso e a experiência comuns da sociedade. Fato que decorre da já assinalada complexidade e especialidade que notabilizam o âmbito do direito penal econômico, em especial.[39]

Soma-se a isso o fato de que tais bens jurídicos possuem uma mais recente sedimentação social, se comparados àqueles que se encontram contemplados no âmbito do direito penal clássico. De tal sorte que, para além do fato de este gênero de bens jurídicos vir desacompanhado de qualquer referente ontológico bem delineado – como ocorre, v.g., com a vida –, tampouco possui, como bem observa Costa Andrade, "um referente culturalmente decantado em termos de identidade, consistência e consenso generalizado, como sucede seguramente com a propriedade, a honra, a liberdade etc.".[40]

---

37. Não por acaso pondera Faria Costa, ainda que a título de "registro lateral", que "a distinção entre o direito penal econômico e o direito penal patrimonial pode também surpreender-se nos diferentes graus de mutabilidade que enformam aqueles dois ramos da normatividade incriminadora" (FARIA COSTA, José de. Op. cit. [n. 32], p. 65).

38. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – Parte geral – Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Ed. RT; Coimbra: Coimbra Ed., 2007. t. I, p. 150.

39. Ver, neste sentido, a menção de: D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. vol. II, p. 211.

40. ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-lei n. 28/84, de 20 de janeiro). In: _____ et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários – Problemas gerais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I, p. 404. O autor chega a afirmar, inclusive, que os bens jurídicos do direito penal econômico são "bens jurídicos, social, histórica e *hoc sensu* 'artificialmente' *construídos*", sendo que a sua precisa identificação pressupõe uma diversidade de elementos hermenêuticos, entre eles "a própria descrição da conduta incriminada"; daí porque, ainda segundo Costa Andrade, do ponto de vista cognitivo o bem jurídico, aqui, pode ser visualizado, inclusive, posteriormente à

O que tudo nos leva a concluir que, em se tratando de direito penal econômico, mesmo após a sua eticização, estamos a lidar, inelutavelmente, com tipos incriminadores de menor "ressonância axiológica"[41] se comparados a tipos penais que se encontram inseridos no âmbito do chamado direito penal clássico. Propensos, assim, a partir de uma leitura descuidada, a um distanciamento em relação aos pressupostos materiais tradicionalmente invocados em matéria de direito penal.

São estes, quanto a nós, os principais traços do direito penal econômico. Não são, por óbvio, os únicos.[42] As linhas precedentes não possuem – frisa-

identificação da sua *Schutzbereich*. Veja-se, contudo, a advertência de D'Avila, em contrariedade à possibilidade de se conceber bens jurídicos artificiais, sem transcendência: "Nada há de artificial na economia. E nada há de artificial no reconhecimento comunitário, em âmbito econômico, de fragmentos de realidade dotados de uma valoração de signo positivo". O autor atribui, assim, salvo equívoco nosso, a existência de uma espécie de *déficit* no ponto de vista do reconhecimento comunitário dos bens jurídicos à elevada especialidade e complexidade que caracterizam tal âmbito, de modo que estas características – especialidade e complexidade – devem ser acompanhadas, também, de uma mais elevada "complexidade e especificidade de seus atores, de suas relações e de seus pressupostos de existência e continuidade" (D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit. [n. 39], p. 210-211). Não pretendemos, por ora, entrar no mérito da discussão. O que tão somente intencionamos gizar é o fato de que, quer pela artificialidade dos bens jurídicos em questão, quer pela impossibilidade de sua plena apreensão comunitária, tais bens jurídicos não encontram a mesma ressonância social do que aqueles que habitam os tipos penais do direito penal clássico, daí resultando, a nosso ver, uma característica fundamental à compreensão dos problemas que se colocam em relação ao ilícito-típico do direito penal econômico, do ponto de vista do seu conteúdo material. A esse ponto, contudo, ainda retornaremos com maior vagar.

41. Termo que tomamos emprestado de: FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal* (fragmenta iuris poenalis). 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 32. O autor refere-se à distinta significação que um dado valor é capaz de assumir na ordem jurídica e no contexto sociocultural em um determinado momento histórico, justificando, com isso, a inserção de uma proibição penal no âmbito do direito penal clássico ou, diferentemente, na esfera do direito penal secundário.

42. Apenas para não sermos omissos quanto ao ponto, remetemos o leitor para: FARIA COSTA, José de. Op. cit. [n. 32], p. 31 e ss., onde o autor cita, entre outras características do direito penal econômico, a sua "tendência voraz", "tendência para a indeterminação dos agentes da infracção", "tendência para a indeterminação das vítimas da infracção" e o "carácter serial das agressões revelado nos resultados penalmente desvaliosos". Especial registro merece, ainda, o abundante recurso do direito penal econômico às chamadas normas penais em branco (neste sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit. [n. 38], p. 185; FARIA COSTA, José de. Op. cit. [n. 41], p. 131; e CORREIA, Eduardo. Op. cit. [n. 11], p. 302). É certo, contudo, que a cominação de penas para comportamentos que, na definição de Figueiredo Dias, conquanto não previstos

-se – qualquer pretensão de completude. Para o desiderato que ora nos move, contudo, cremos estar em posse de uma base compreensiva suficientemente madura para avançar algumas considerações.

2.2.3 Da autonomia do direito penal econômico

Fala-nos Faria Costa que a qualificação de uma disciplina como autônoma demanda a reunião dos seguintes pressupostos: "metodologia própria, objecto diferenciado e autônomo, regras e princípios com particularidades ou especificidades".[43] Ao final, conclui o autor que "se há uma área, um domínio da incriminação que mereça ser considerado como autónomo e que mereça, do mesmo passo, a qualificação de disciplina autónoma, esse será, em nossa opinião, o domínio da criminalidade económica, do direito penal económico".[44] O que, diga-se, encontra ressonância em boa parte da doutrina.[45] Uma palavra é ainda necessária, contudo, a fim de que tal atributo reste evidenciado – muito embora as linhas precedentes já permitissem antevê-lo.

A par da historicidade do direito penal econômico – resultante da sucessão de condutas tidas como penalmente desvaliosas ao longo do tempo, expressão clara do seu caráter fragmentário –, podemos destacar, ainda como sua dimensão correlata, que este processo evolutivo se reflete, também, na constante evolução dos mecanismos dogmáticos de que dispõe o direito penal para a absorção e interpretação dos problemas, bem como para o oferecimento de respostas. Podemos falar, assim, de uma *historicidade dogmática*.[46] Expoentes

---

do tipo, "se alcançam através de uma remissão da norma penal para leis, regulamentos ou inclusivamente actos administrativos autonomamente promulgados em outro tempo ou lugar", não é uma prerrogativa exclusiva do direito penal econômico. O que deve ficar aqui sublinhado é apenas a mais frequente utilização de tal expediente nesse âmbito. Não por acaso Giudicelli-Delage, ao abordar os elementos constitutivos da incriminação em direito penal econômico, inaugura a sua seção relativa ao elemento material da infração observando exatamente a larga incidência de remissões e de cláusulas gerais em tais tipos penais (GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève. *Droit pénal des affaires*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 35).

43. FARIA COSTA, José de. Op. cit. [n. 32], p. 19.

44. Idem, p. 28.

45. Como se pode depreender da referência de: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. cit. [n. 21], p. 72 e ss.

46. Não é demais recordar a lição de Kaufmann, no sentido de que não apenas as relações da vida garantem a historicidade do direito, mas também a própria norma, que sofre um permanente processo de adequação à historicidade, devendo ela ser "dúctil e aberta

máximos do que se acaba de valorar são o distinto tratamento dado ao erro no âmbito do direito penal econômico e, em especial, a problemática da responsabilidade criminal das pessoas coletivas.

Quanto ao problema do erro, destaquemos rapidamente que, como regra, o erro que recai sobre algum dos elementos fáticos constitutivos do tipo legal de crime tem por efeito a exclusão do dolo,[47] ao passo que o erro não censurável que recai sobre a ilicitude do fato exclui a culpa. Contudo, como assinala Figueiredo Dias, para além da exigência de conhecimento de todos os elementos fáticos, "excepcionalmente (...) à afirmação do dolo do tipo torna-se ainda indispensável que o agente tenha actuado com conhecimento da proibição legal", o que se dá nos casos em que "o tipo de ilícito objectivo abarca condutas cuja relevância axiológica é tão pouco significativa que o ilícito é primariamente constituído não só ou mesmo nem tanto pela matéria proibida, quanto também pela proibição legal".[48]

---

para se poder ajustar às relações da vida" (KAUFMANN, Arthur. Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações: fundamento de uma teoria do direito baseada na pessoa. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXVIII, p. 193). Este processo de adequação da norma à historicidade, se bem vemos, liga-se em certa medida à própria evolução dos mecanismos dogmáticos. Apenas para ilustrar, pensemos nas distintas teorias de causalidade e imputação que tiveram lugar ao longo do tempo. Temos para nós que o surgimento da teoria da imputação objetiva não se explica tanto pela sua bondade ou pelo fato de se mostrar mais refinada em termos teoréticos, quanto pelo fato de o contexto de complexidade no qual ela encontrou a sua gênese haver demandado respostas que as teorias da *conditio sine qua non* e da causalidade adequada efetivamente já não seriam mais capazes de dar. Não é diferente em matéria processual penal. Basta observarmos, a título ilustrativo, a flexibilidade hoje aceita por grande parte da doutrina quanto às exigências de descrição e individualização dos fatos imputados aos agentes nas peças exordiais acusatórias em processos criminais. Com independência de considerações relativas à legitimidade constitucional de tal proceder – definitivamente ponto que aqui não nos cabe enfrentar –, fato é que a flexibilização das exigências processuais relativas à narrativa fática apenas começa a ser pensada em um contexto no qual a criminalidade econômica e de empresa vai ganhando mais e mais espaço, e a individualização dos agentes e dos fatos, por parte da acusação, nestes cenários de notória complexidade, passa a ser tarefa cada vez mais impraticável. A doutrina processual, assim, propõe uma evolução nos mecanismos processuais. Fá-lo, todavia, não por preocupações genuinamente teoréticas, mas, diferentemente, como uma clara tentativa de responder aos problemas que a nova realidade acaba por suscitar.

47. O que parece ser a definição mais corriqueira daquilo que, no contexto português, é chamado de "erro sobre a factualidade típica" (ver, por todos: CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2007. vol. I, p. 389).

48. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit. [n. 38], p. 363.

Esta excepcionalidade – cuja aplicação, ainda escassa, no direito penal brasileiro deve-se a esforços hermenêuticos situados apenas no plano do direito penal secundário, especialmente em sede econômica – encontra particular previsão no ordenamento português, no âmbito da própria Parte Geral do Código Penal.[49] Tal solução dogmática, se bem observarmos, possui íntima ligação com o direito penal econômico, que, como já vimos anteriormente, caracteriza-se exatamente, entre outras coisas, por possuir tipos legais de crime de menor ressonância axiológica e de maior elasticidade.[50] Não por acaso afirma Faria Costa que "foram os problemas desencadeados pelo direito penal económico que suscitaram a solução prevista no art. 16.°, n. 1, do CP".[51] De modo que, assim vistas as coisas, podemos creditar ao direito penal econômico, mesmo em um contexto de inserção do dispositivo na Parte Geral do Código Penal, o pioneirismo[52] que apenas vem a corroborar a especialidade das regras e princípios a ele subjacentes. Em outras palavras, podemos dizer que o tratamento dado ao erro foi alterado substancialmente por força das questões originalmente suscitadas pelo direito penal econômico.

A responsabilidade criminal das pessoas coletivas, por sua vez, é, quiçá, o mais paradigmático exemplo da especialidade principiológica do direito penal econômico. Repare-se que, como afirma Faria Costa, "foi, sobretudo e de uma maneira absolutamente vincada, através do direito penal económico, (...) que

49. Art. 16.°, n. 1, que assim dispõe: "O erro sobre elementos de facto ou de direito de um tipo de crime, ou sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo".

50. Veja-se, assim, o exemplo que nos é trazido por Faria Costa, acerca do: "art. 33.° que criminaliza a exportação de bens que necessitam de uma licença para, licitamente, poderem ser exportados. Ora, não é simples nem líquido, perante a multiplicidade de bens exportáveis – sobretudo em um mercado tendencialmente mundializado – conhecer-se, primeiro, o catálogo desses precisos bens, segundo, perceber as entidades e as analogias técnicas que fazem com que um bem pertença à categoria dos que necessitam de licença ou daí esteja excluído e por isso seja livremente exportável. (...) Ou seja: o agente pode ter uma atitude de respeito e até de amizade para com o direito mas se, nestes casos, não souber o que é permitido ou que está proibido (...) é evidente que não se lhe pode assacar o desvalor de um juízo baseado em dolo" (FARIA COSTA, José de. Op. cit. [n. 32], p. 125).

51. Idem, p. 124.

52. Termo utilizado pelo próprio autor, ao afirmar que "nesta perspectiva e neste sentido, o direito penal económico – *rectius*, as questões suscitadas pelo direito penal económico – teve um papel pioneiro, até por razões cronológicas, para a 'domesticação' teórica da problemática do erro" (idem, ibidem).

se desencadearam as primeiras reflexões sobre a responsabilidade penal das pessoas colectivas.[53] Esse processo, ainda segundo o autor, teve início através do desenvolvimento da consciência crítica de que muitas infrações praticadas no domínio das pessoas coletivas acabavam, de certo modo, resultando em impunidade, quer porque não iam a juízo, quer porque a complexidade dos nexos de responsabilidade interna impossibilitava quaisquer provas.[54]

Verifica-se, portanto, que, em um primeiro momento, a possibilidade de responsabilização penal das pessoas coletivas encontrava forte resistência doutrinária – o que se traduz pela máxima *societas delinquere non potest* – sob o fundamento de incapacidade de ação e incapacidade de culpa de tais entes,[55] fundamento que tem por base, fácil é de notar, premissas oriundas do direito penal tradicional. Os problemas suscitados pelo direito penal econômico, contudo, impuseram à doutrina – por mais uma vez – a necessidade de oferecer novas respostas. E é precisamente a partir deste marco que se verifica o surgimento de novos horizontes quanto à matéria, seja advogando, quanto ao problema da ação, a sua conformação como "unidade de sentido social";[56] seja propondo, ao nível da culpa, a adoção de um "princípio da identidade da liberdade"[57] a convocar a utilização de um "pensamento analógico"[58] ou, ainda, a utilização de uma espécie de vontade ficta, fundada em um "raciocinar inverso àquele

53. Idem, p. 49.

54. Idem, p. 47.

55. Assim nos relata DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit. [n. 8], p. 68 e nota 120, fazendo referência especialmente ao contexto português e alemão. No contexto brasileiro, não obstante a previsão constitucional do art. 173, § 5.°, da CF/1988 (*in verbis*: "A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular"), bem como a inovação, neste sentido, trazida pelo art. 3.° da Lei 9.605/1998 (*in verbis*: "As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade"), a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica encontra ainda hoje forte resistência doutrinária, não faltando quem defenda a sua inconstitucionalidade (ver, por todos: DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. *RBCCrim* 11/184-207).

56. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit. [n. 8], p. 68.

57. MAX MÜLLER apud DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit. [n. 8], p. 68.

58. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit. [n. 8], p. 68.

que fundamenta a categoria da imputabilidade".[59] Pouco monta, quanto a nós, a solução dogmática a ser seguida. Releva apenas observar, ao fim e ao cabo, na companhia de Faria Costa, "que foi pela via do direito penal económico que tal questão entrou definitivamente no mundo dos problemas candentes do pensamento penal".[60] Diante do que podemos concluir, também aqui, pelo elevado potencial evolutivo dos mecanismos dogmáticos em sede de direito penal econômico. Mas não só. Sendo a pessoa coletiva "o grande e privilegiado centro da vida económica"[61] nos dias atuais, não será exagero inferir que a possibilidade de responsabilizá-la criminalmente se oferece praticamente como uma solução *ad hoc* aos problemas suscitados pelo direito penal econômico.

A partir das observações precedentes – que não querem senão ser meros exemplos da evolução dos mecanismos dogmáticos que tal ramo convoca –, sai reforçada a ideia da especialidade dos princípios e regras do direito penal econômico, com o que se conclui o cerco teorético que possibilita que nos reportemos ao direito penal econômico como disciplina autônoma.

2.3 *Por conseguinte, os problemas que se colocam em relação ao conteúdo material do ilícito-típico do direito penal econômico*

Interessantemente, muitos dos aspectos que envolvem a noção de direito penal econômico – contexto de surgimento, objeto, características, autonomia – resultam imediatamente, cada um à sua maneira, em dificuldades relativas à determinação do conteúdo material dos tipos de crime do direito penal econômico. Identificamos, neste sentido, três grandes problemas, os quais examinaremos a partir de agora, de forma muito breve.

2.3.1 *Proximidade teleológica com o direito administrativo sancionador*

A conjuntura histórica, política e social a partir da qual se erige o direito penal econômico enquanto objeto de estudo sistemático aproxima-o quase que indissociavelmente do âmbito jurídico-administrativo. A própria concepção de um direito penal voltado para a economia arranca, como já vimos, de um contexto onde a sua potencial funcionalidade presta-se aos mesmos fins visados pela administração pública. Em outras palavras, o processo de eticização

59. FARIA COSTA, José de. Op. cit. [n. 32], p. 51.

60. Idem, p. 49.

61. Idem, ibidem.

por que passam as questões ligadas à economia legitima o recurso ao direito penal, cenário no qual a sua eficácia[62] resulta em benefícios imediatos à administração.

Ante, pois, esta aparente proximidade teleológica que se estabelece entre o direito penal econômico e o direito administrativo sancionador (em matéria econômica),[63] a visualização dos limites materiais do ilícito penal econômico – tarefa que se mostrava complexa já à partida, considerando a tendência então preponderante, sobretudo no contexto jurídico-penal alemão, de distinguir o ilícito penal do ilícito administrativo por via de critérios formais, falando-se, aqui, de uma distinção meramente quantitativa –[64] acaba extremamente dificultada. Os limites entre o direito penal econômico e o direito administrativo em matéria econômica enturvam-se, diante do que o direito penal passa a ser facilmente manipulável e instrumentalizado, mesmo em prol de bem intencionadas, contudo voluntariosas e apaixonadas políticas salutistas e preventivas

62. O termo *eficácia*, aqui empregue, deve ser compreendido no sentido que lhe atribui Paliero, significando a "congruência do preceito ao seu escopo", podendo-se também falar em uma "efficienza teleologica" do imperativo jurídico, a abranger, além da observância da norma, "o real atingimento do objetivo social de controle ou transformação da realidade (telos social)" (PALIERO, Carlo Enrico. Il principio di effetività del diritto penale. *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, anno XXXIII, fasc. 2, p. 486).

63. Salvo melhor juízo, a partir do momento em que questões ligadas à economia, tais como o dever de pagar tributos, assumem densidade ética por força das prestações sociais a que o Estado passa a se achar incumbido, legitimando-se, assim, o recurso ao direito penal como meio para assegurar o cumprimento desses deveres, o que ocorre é precisamente uma aproximação teleológica entre a intervenção penal em matéria econômica e a administração pública. É dizer, a *ratio essendi* das normas incriminatórias no âmbito econômico, que não é outra senão a de assegurar a arrecadação de que depende o Estado para desempenhar as suas funções sociais, passa a coincidir com os interesses arrecadatórios da Administração, os quais, com independência da destinação dada aos recursos obtidos, sempre estiveram presentes, mesmo em épocas em que a fuga ao fisco era vista como *Kavaliersdelikt*. O que se alterou, portanto, foi unicamente a dignidade assumida pelas questões econômicas, de tal sorte a justificar a utilização do direito penal. O que não quer significar, que fique muito claro, que o fundamento ético da intervenção penal coincida com os bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Ver, nesse sentido, em referência aos crimes fiscais: AIRES DE SOUSA, Susana. Op. cit. [n. 24], p. 294.

64. Ver, a esse respeito: D'AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito administrativo: elementos para uma distinção qualitativa. In: _____. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 87 e ss.

no âmbito econômico. O direito penal econômico parece, assim, aproximar-se de uma *salus rei publicae suprema lex est*. Em outras palavras, toma forma um cenário no qual a busca pelos pressupostos materiais do ilícito e designadamente o modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais deixam de constituir a interrogação primeva quando da criminalização de uma determinada conduta, cedendo lugar a meros juízos de oportunidade, fundados em interesses político-criminais de prevenção, e tendentes, em última análise, ao bem-estar da administração pública.[65]

2.3.2 *Perda de densidade do conceito de bem jurídico e progressivo afastamento do seu núcleo: a criminalidade econômica como* Vorfeldschutz

Se o contexto em que nos surge o direito penal econômico impõe, por si só, dificuldades no que toca à visualização dos limites materiais do ilícito penal econômico, este problemático panorama se completa pelas especiais características dos bens jurídicos em causa nesse âmbito, especiais características que, somadas à elevada complexidade das relações econômicas, favorecem, por um lado, a uma perda de densidade do conceito de bem jurídico, e demandam, por outro lado, o emprego de técnicas de tutela condizentes, adequadas a promover uma eficaz proteção de tais bens jurídicos – referimo-nos, sobretudo,

65. Não sejamos, aqui, maniqueístas. O atual nível de desenvolvimento do pensamento jurídico não mais dá lugar à argumentação que pretende uma contraposição reducionista entre o Estado e o indivíduo, sendo certo que o bem-estar da Administração não deve ser visto como uma finalidade antagônica, atingível apenas em detrimento de interesses individuais. Nas palavras de Roxin, ao defender um conceito pessoal de bem jurídico, não restrito aos bens jurídicos individuais: "É fácil de ver que uma administração da Justiça ordenada e uma moeda intacta são necessárias para o livre desenvolvimento do sujeito na sociedade. Inclusive a obrigação de pagar impostos, amiúde odiada pelo povo, não tem como objetivo o enriquecimento do Estado, mas sim a utilidade dos indivíduos, à qual se referem as prestações estatais financiadas com os impostos" (ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?" In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 448). Não se pode aceitar, contudo, que a busca do bem-estar da Administração possa a tudo justificar, incluindo-se, aqui, uma intervenção de caráter penal ao livre alvedrio das finalidades pretendidas pelo Estado. O que não apenas traduziria uma completa subversão de planos, como, também, um retrocesso aos tempos que precederam as irrenunciáveis conquistas do Iluminismo.

à recorrente utilização da técnica dos crimes de perigo, especialmente os de perigo abstrato.[66]

Podemos afirmar, sem qualquer receio, que a excessiva complexidade e especialidade do objeto submetido a tutela no âmbito do direito penal econômico favorece uma tendência à "vulgarização" do conceito de bem jurídico. É dizer, a partir do momento em que se aceita – e bem – que os bens jurídicos aqui tutelados possuem uma menor ressonância axiológica, anuviam-se as fronteiras que separam um bem jurídico legitimamente tutelável de uma realidade insuscetível de tutela, perdendo o bem jurídico boa parte da sua valia enquanto elemento crítico de legitimação.[67] Em palavras simples: tudo parece ser suscetível de tutela penal.

A isso acresce que, como bem se sabe, a intervenção penal que tem lugar por meio da técnica dos tipos de perigo traduz uma antecipação de proteção penal para estágios anteriores à lesão do bem jurídico (*Vorfeldschutz*).[68] E isso

66. Neste sentido: FARIA COSTA, José de. Op. cit. [n. 32], p. 42; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Op. cit. [n. 24], p. 96. Atentando para tal realidade, no contexto brasileiro: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Ed. RT, 2006, passim.

67. Exemplifiquemos. Figure-se a incriminação do art. 2.º da Lei 7.492/1986, que recai sobre a fabricação não autorizada de papel representativo de valor mobiliário. A doutrina, de regra, identifica o bem jurídico com a "credibilidade pública dos valores mobiliários" (ver, a propósito: BALTAZAR JR., José Paulo. *Crimes federais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 328). Ora, assumindo-se a legitimidade dessa tutela, é certo que o referido bem jurídico encontra-se de tal sorte alheio à experiência comum da sociedade que nenhuma diferença parece haver entre o mesmo – de caráter absolutamente especializado – e um eventual "bem jurídico metodológico", criado a partir de uma determinada incriminação de duvidoso conteúdo, com o intuito único de viabilizar a sua interpretação.

68. O que longe está de querer significar que a opção do legislador pela utilização de um tipo de perigo encontre o seu fundamento de legitimidade na ideia de prevenir a lesão do bem jurídico. Como bem adverte Faria Costa, "de maneira alguma podemos pensar que a criminalização de condutas de pôr em perigo altera as coisas em termos de prevenção", isto é, "não é pelo facto de se criminalizarem comportamentos que determinam situações de pôr em perigo que a prevenção criminal aumenta; ela fica na exacta posição em que ficaria se, em vez de criminalizarem as condutas de pôr em perigo, se tivessem criminalizado condutas fautoras de dano/violação" (FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 575). No mesmo sentido: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios, contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 95).

ocorre, aqui, sobretudo na forma dos crimes de perigo abstrato, fundamentalmente porque, nas palavras de Costa Andrade, "a exigência sistemática de um dano efectivo, ou mesmo de um perigo concreto corresponderia, na práctica, à impunidade generalizada",[69] uma vez que a aparente intangibilidade dos bens jurídicos tutelados tornaria demasiadamente difícil a visualização do momento da sua efetiva lesão,[70] bem como, da mesma forma, da situação objetiva que pudesse vir a caracterizar o resultado típico exigido nos crimes de perigo concreto.[71] Além disso, mesmo na hipótese de se estar diante de uma inequívoca lesão a um dado bem jurídico, a elevada complexidade do meio econômico tende a inviabilizar a verificação causal daquele resultado lesivo.

Tudo isso é correto. Porém, não menos correto é que a utilização da técnica de tipificação dos crimes de perigo abstrato, quando desacompanhada do que podemos chamar de um certo "refinamento teorético" – o que, diga-se, constitui a regra, e não a exceção –, acaba por conduzir a problemas incontornáveis no que diz respeito à sua adequação ao princípio da ofensividade.[72] Têm lugar, assim, os chamados crimes de mera desobediência, bem como os crimes de perigo presumido, figuras que ostentam, quanto a nós, um inescondível rótulo de inconstitucionalidade. Neste cenário, enturvam-se, por mais uma vez, os limites materiais do ilícito penal econômico.

2.3.3 A prescindibilidade da ofensa como conteúdo possível da autonomia conferida ao direito penal econômico

Ambos os problemas atrás referidos por certo convidam a refletir acerca dos limites materiais do ilícito penal econômico. Convidam, pois, a enfrentar,

---

69. ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit. [n. 40], p. 403. O autor elenca como razão, ainda, a "perda da eficácia preventiva", o que, segundo vemos, não é rigorosamente correto, nos termos da nossa nota 68.

70. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Op. cit. [n. 24], p. 97.

71. Tal dificuldade é precisamente um dos fatores que leva Costa Andrade a rechaçar a leitura do crime de fraude fiscal como um crime de perigo concreto nos termos do proposto por Silva Dias (ANDRADE, Manuel da Costa. A fraude fiscal – Dez anos depois, ainda um "crime de resultado cortado"? In: _____ et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. vol. III, p. 264).

72. É neste sentido que afirma Mendoza Buergo que "a criação de delitos de perigo abstrato e sua interpretação tradicional produz tensões com o pleno respeito de um conceito material de delito e de injusto" (MENDOZA BUERGO, Blanca. La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 9, p. 69).

sob o recorte do direito penal econômico, o problema fulcral de que comunga toda a ciência jurídico-penal e do qual bem se apercebe Roxin, acerca "das qualidades materiais que deve reunir uma conduta para ser submetida à pena estatal".[73]

Contudo, enfrentar a questão do conteúdo material que uma incriminação econômica deva possuir para ascender à legitimidade esbarra em um problema ainda anterior logicamente: o da sustentabilidade dos critérios eleitos para a determinação daquele preciso conteúdo material, à luz da autonomia dogmática do direito penal econômico. Tentemos clarificar mais essa problemática.

É fato irrecusável que a criminalização de uma determinada conduta demanda a verificação de alguns pressupostos materiais, notadamente o da ofensa a bens jurídico-penais. Vimos já, entretanto, que as especificidades do direito penal econômico tendem a dificultar a verificação desses pressupostos, seja em razão dos fins e dos valores atrelados a esse ramo do direito penal – que conduzem à ideia, de todo sedutora, de se colocar o direito penal, irrefletidamente, a serviço da administração pública, em nome da sua efetividade –, seja pelas próprias dificuldades que o seu particular objeto de tutela impõe – a demandar a utilização de técnicas de tutela específicas. Mas vimos, também, que o direito penal econômico possui autonomia, e que essa autonomia se reflete nas suas regras e princípios, que não raro se distinguem das regras e princípios do direito penal tradicional. De modo que a interrogação primeva que aqui se põe, antes mesmo de se perquirir acerca dos pressupostos materiais do ilícito penal, é de saber se há, verdadeiramente, necessidade de fazê-lo, isto é, se há algum sentido em falar sobre pressupostos materiais no ilícito penal econômico, ou se a autonomia atribuída à disciplina do direito penal econômico não permitirá desses prescindir. Em outras palavras, antes de se elencar critérios dogmáticos que permitam uma revitalização dos evanescentes contornos materiais do ilícito-típico em matéria econômica, urge indagar se há ou não razões para levar a cabo tal tarefa. É o que tentaremos, a partir de agora, responder.

3. DA NECESSIDADE DE UMA VINCULAÇÃO ENTRE O ILÍCITO-TÍPICO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO E O MODELO DE CRIME COMO OFENSA A BENS JURÍDICO-PENAIS

Buscar identificar os contornos materiais imprescindíveis à incriminação de uma determinada conduta é, por certo, tarefa por si só bastante árdua. E se

73. ROXIN, Claus. Op. cit. [n. 65], p. 443.

isso é verdadeiro em relação ao direito penal *tout court*, no âmbito econômico, por todas as razões de que nos ocupamos no apartado anterior – e certo é que o simples ato de identificar os locais nos quais se situam as mais problemáticas questões relativas ao ilícito-típico econômico facilita, em muito, a posterior dilucidação dessas mesmas questões –, tal empreitada se oferece de forma ainda mais desafiadora.

Não obstante a referida arduidade, o investigar dos traços que consubstanciam uma qualitativa e material distinção do ilícito criminal (em matéria econômica) não chega a constituir uma novidade doutrinal. De certa forma, tal preocupação se deixa surpreender, ainda que não sob o específico recorte econômico e em contextos políticos bastante diversos, já na sólida formulação de Feuerbach, ao propor uma distinção material entre as infrações de polícia e os ilícitos próprios do direito penal, ou entre os *crimina* e os *delicta*.[74-75] A partir disso, tem lugar uma pluralidade de formulações acerca dos caracteres próprios do ilícito criminal, formulações essas que não são outra coisa senão uma forma de revitalizar – cada qual à sua maneira – os enturvados contornos

74. Sobre a construção de Feuerbach, ver: MATTES, Heinz. *Problemas de derecho penal administrativo: historia y derecho comparado*. Trad. y notas José M. Rodriguez Devesa. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979. p. 42 e ss.

75. Poderá isso parecer contraditório se considerado o que falamos anteriormente, acerca do surgimento do direito penal econômico como fenômeno historicamente recente. Não incorremos, em verdade, em nenhuma contradição. A difícil problemática da separação entre o ilícito criminal e os demais ilícitos de ramos periféricos é algo presente ao ensejo de outros tantos contextos históricos anteriores ao surgimento do direito penal econômico, tais como aquele do Estado de polícia, anterior ao Estado Liberal. A descontinuidade, assim, salvo melhor juízo, não está tanto na existência de uma preocupação para com tal separação, quanto nas razões que conduzem – e explicam – à aproximação que se estabelece entre o ilícito do direito penal e o ilícito daqueles ramos periféricos nos diversos períodos históricos. Assim, se no contexto de um Estado absoluto o constante recurso às sanções criminais é visto como forma de garantir uma específica configuração social desejada pelo poder central do Estado (MATTES, Heinz. Op. cit. [n. 74], p. 76), daí sendo conveniente proceder a uma separação material entre o ilícito penal e as infrações de polícia, no contexto atual, de um Estado Social, o recurso às sanções criminais é visto como forma eficaz de se obter obediência às diretivas do Estado para a consecução das tarefas sociais das quais o mesmo se acha incumbido (ver, a esse respeito, nossa nota 9), sendo conveniente proceder a uma distinção entre o espaço do direito penal e o ilícito criminal e o espaço do direito administrativo sancionador e o ilícito administrativo. Mantém-se, pois, a preocupação em estabelecer os limites materiais aos quais está adstrito o legislador penal, alterando-se apenas as razões que justificam essa preocupação.

materiais do ilícito pertencente ao direito penal, já que o indagar sobre o conteúdo material do ilícito penal é, e sempre será, o mesmo que o indagar sobre até onde pode ir o direito penal.

É certo que o breve espaço de que dispomos para o enfrentamento de tal matéria não permite uma análise minudente das diversas construções existentes a esse respeito. De modo que a presente exposição ficará limitada aos termos em que, quanto a nós, os contornos materiais do ilícito-típico econômico devem ser compreendidos. Como já tivemos a oportunidade de assinalar, entretanto, tal questão é prejudicada pela questão, ainda anterior, relativa ao próprio sentido dessa busca pelo conteúdo material do ilícito penal, à luz da autonomia do direito penal econômico. Em outras palavras, não se pode clarificar *qual a diferença material* entre o ilícito penal (em matéria econômica) e a infração administrativa (em matéria econômica) – e, pois, os limites aos quais aquele se sujeita – sem antes se buscar saber *por que diferenciá-los* ou, em outros termos, se uma eventual diferenciação é sustentável mesmo no contexto de uma disciplina autônoma.

3.1 Do sentido de uma busca pelos pressupostos materiais do ilícito penal à luz da autonomia conferida ao direito penal econômico

A simples transposição daqueles pressupostos materiais tidos como necessários à criminalização de uma conduta em sede de direito penal *tout court*, desacompanhada de maiores reflexões de sentido, encontra problemas no campo do direito penal econômico, em razão da sua já aludida autonomia. O que, aliás, comprova-se pela grande quantidade de autores a sustentarem que, enquanto no direito penal clássico o ilícito penal encontraria fundamento na ofensa a um bem jurídico de destacado relevo social, no direito penal econômico a criminalização atenderia a juízos meramente finalísticos, juízos de oportunidade do legislador, sem qualquer atenção para com aqueles pressupostos materiais. O direito penal econômico obedeceria, pois, a uma lógica puramente utilitarista. O que, diga-se, não constituiria qualquer problema ou incoerência, já que a sua autonomia dogmática permitiria tal especialidade, a exemplo das distintas soluções dogmáticas já encontradas para o tratamento do erro em direito penal, bem como para a responsabilização das pessoas coletivas.

Não é essa, contudo, a nossa forma de ver as coisas, e não julgamos que a autonomia do direito penal econômico possua tal alcance.

Já dissemos que o indagar sobre o conteúdo material do ilícito penal é o mesmo que indagar sobre os limites do direito penal. Ora, quando se afirma que, para que uma conduta seja criminalizada, deve ela se revestir dos pressu-

postos *x* e *y*, está-se afirmando, ao mesmo passo, que uma conduta que não os reúna não é passível de criminalização. Digamo-lo em outros termos: se todo C é *x* e *y*, e se C' é não *x* ou não *y*, então C' é não C. Isto é, C' não é e jamais poderá ser C. Neste sentido, todo o exercício de definição é, na mesma medida, um exercício de limitação.

Diante disso, bem como diante das particularidades do direito penal econômico, tendentes por si só a uma aproximação por vezes problemática entre esse e o direito administrativo sancionador (em matéria econômica), definir com precisão o espaço dentro do qual pode mover-se a discricionariedade do legislador penal é tarefa não só oportuna como impostergável, destinada, em última análise, a assegurar a liberdade do indivíduo frente ao Estado, limitando o poder punitivo desse último. É este, aliás, o significado último de toda e qualquer tentativa de definição do conteúdo material do ilícito penal. Nada, rigorosamente nada, há no direito penal econômico que permita visualizar aqui algo de diferente, algo que faculte ao legislador, em matéria de direito penal econômico, não atuar, já, de forma discricionária, mas de forma arbitrária.

E isso por uma razão muito simples. O direito penal econômico – não nos esqueçamos nunca – comunga do mesmo elemento nuclear que se deixa surpreender, também, no direito penal *tout court*: a *pena* ou a *reação criminal*.[76] É dizer, o direito penal econômico é legítimo e autêntico direito penal, e não ramo especializado do direito econômico. E é precisamente esta constatação que na sua límpida singeleza nos leva a limitar o alcance da autonomia que se possa atribuir ao direito penal econômico, e defender, quanto ao mesmo, idêntica necessidade de fundamentação material. Expliquemos um pouco mais o que ora vai valorado.

Sabe-se que a criminalização, pelo Estado, de uma determinada conduta representa a mais intensa interferência na esfera de liberdade do indivíduo. E esta particular intensidade deve-se exatamente ao específico modo pelo qual a intervenção nesse âmbito se cristaliza: através da *ameaça da pena*. Em outras palavras, a norma penal, por via dos seus preceitos *primário* (norma de con-

76. Falamos em "reação criminal" em atenção à advertência de Eduardo Correia, ressaltando a estreiteza da expressão *direito penal*, já que ao lado das penas colocam-se, também, reações criminais de outra natureza, tais como as medidas de segurança. Conceitua, pois, não o *direito penal*, mas o *direito criminal* como sendo "o conjunto de normas jurídicas que fixam os pressupostos de aplicação de determinadas reacções legais: as reacções criminais, que englobam as penas e ainda medidas de outro tipo, entre as quais avultam hoje as chamadas medidas de segurança" (CORREIA, Eduardo. Op. cit. [n. 47], p. 1).

duta) e *secundário* (norma de sanção), traduz, em igual medida, uma dúplice restrição de liberdade: tolhe-se a liberdade de agir em um determinado sentido, por meio de um mandamento ou de uma proibição legal (norma de conduta); autoriza-se as autoridades judiciárias, no caso de violação das normas de conduta, a imporem sanções privativas de liberdade ou atentatórias a direitos de personalidade (norma de sanção).[77] Neste sentido é que nos fala Lagodny de "duas intromissões em direitos fundamentais".[78] Temos para nós, porém, que o elemento determinante da distinta intensidade da intervenção de caráter penal radica apenas no segundo daqueles preceitos, isto é, na norma de sanção. E isso porque a prescrição de condutas, por si só, é fenômeno comum ao direito como um todo, não sendo prerrogativa exclusiva do direito penal operar por via de normas jurídicas de estrutura deontológica, de *dever ser*.[79] Não é, pois, na simples proibição trazida pela norma de conduta que reside a intensa restrição de direitos ínsita ao direito penal. Mas se isso é verdadeiro, não menos verdadeiro é que ambos os preceitos da norma penal devem ser interpretados de maneira conjunta, resultando dessa conjugação que a forte restrição de liberdade operada pela previsão da pena significará, como consequência, também uma intensificação daquela restrição de liberdade contida já na norma de conduta.[80] Fato que, contudo, embora depondo no sentido de que tanto o preceito primário quanto o secundário da norma penal representam uma mais intensa restrição de liberdade se comparados aos demais ordenamentos jurídicos, não

77. De forma bastante próxima: BÖSE, Martin. Derechos fundamentales y derecho penal como "derecho coactivo". In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 138.

78. LAGODNY, Otto. El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 130.

79. KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1986. p. 2.

80. É exatamente o que sustenta Böse, ao afirmar que, diferentemente do direito civil ou administrativo, nos quais o descumprimento da norma de conduta apresenta-se de forma mais tolerável contanto que o indivíduo assuma as consequências da violação, no direito penal, ao reforçar a norma com a ameaça da pena, o legislador obra com "o objetivo de reduzir ao máximo possível a liberdade de eleição do indivíduo" (BÖSE, Martin. Op. cit. [n. 77], p. 141 e ss.).

nos impede de concluir, ao fim e ao cabo, que é o segundo daqueles preceitos (norma de sanção), com toda a sua força e significado, o responsável pela atribuição de tal *status* à intervenção de caráter penal. Sendo assim, em última análise, pode-se dizer que é a própria previsão da pena (preceito secundário da norma penal) que, ao encetar uma maior exigência de obrigatoriedade e uma menor margem de liberdade ao indivíduo, demandará, por essa precisa razão, uma elevada carga de justificação material, diante dos demais instrumentos menos gravosos e menos estigmatíferos de que dispõe o Estado.[81]

Disso resulta como consequência inafastável que o direito penal econômico, ao valer-se do mesmo instrumento já aludido, sujeita-se, em igual medida, às mesmas exigências que se dirigem ao direito penal *tout court*.[82] Em síntese, com todas as diferenças estruturais e particularidades impostas pelo objeto específico do direito penal econômico, tal ramo – reitera-se – comunga do cerne do direito penal. E é exatamente o seu cerne – e não, sublinhe-se a traço grosso, as questões periféricas e contingenciais relativas ao seu objeto – que impõe a necessidade de uma intensa justificação para a intervenção penal. De modo que mesmo a autonomia do direito penal econômico não permite dela prescindir.

3.2 O modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais como fundamento de validade do direito penal. Os dois níveis de valoração necessários à intervenção penal no âmbito econômico

Ao resultar evidente a necessidade de uma especial justificação para a intervenção de caráter penal também no âmbito do direito penal econômico, nossa atenção deve ser agora direcionada aos termos mediante os quais tal exigência se achará satisfeita.

Começamos por destacar a nossa absoluta descrença na possibilidade de tal justificação poder ser encontrada como resultado do que Heidegger chamou de

81. Idem, p. 144. Também sustentando a "especial justificação" de que carece a proibição penal, exatamente por se tratar da "mais aguda manifestação estatal restritiva de direitos": D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit. [n. 39], p. 201-202.

82. Análoga lógica parece utilizar Beleza dos Santos, ao partir da premissa de que se as penas aplicadas no direito penal administrativo não são estruturalmente diversas das correspondentes aos ilícitos criminais, também não o serão os seus respectivos pressupostos, concluindo, ao final, pela inexistência de uma autonomia de ilicitudes (BELEZA DOS SANTOS, José. *Ensaio sobre a introdução ao direito criminal*. Coimbra: Atlântida, 1968. p. 90 e ss.).

"pensamento que calcula (*das rechnende Denken*)".[83] Cremos, em verdade, que a mesma deve ser apreendida apenas por via de "um pensamento que medita (*ein besinnliches Denken*)", por via de uma "reflexão (*Nachdenken*)" que se projeta sobre os fatos e perquire sobre o sentido destes.[84] O que, em termos jurídico-penais, leva-nos a concluir que o papel destinado ao direito penal não é o de intervir irrestritamente de modo a promover os fins salutistas do Estado,[85] mas sim o de regular apenas aquilo "que deve, e pode, ser regulado pelo mundo do axiológico-juridicamente relevante".[86-87] Traduzindo isto a "crença em que a juridicidade só se cumpre quando com ela se refazem os valores", e sendo a justiça um valor, podemos concluir, juntamente com Faria Costa, que "o seu chamamento só tem sentido quando por ela e nela se refaz também o valor da própria juridicidade".[88]

E neste ponto, partimos da premissa de que o exame primeiro a ser levado a cabo quando se intenciona determinar o que antes chamamos – valendo-nos do termo originalmente empregue por Faria Costa – de "axiológico-juridica-

83. HEIDEGGER, Martin. *Serenidade*. Trad. Maria Madalena Andrade e Olga Santos. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 13.

84. Idem, ibidem.

85. Não temos dúvidas de que os fins que a administração intenciona alcançar são legítimos e devem, de fato, ser buscados. O que longe está de querer significar que tal tarefa deva ser irremediavelmente realizada por meio do direito penal. O Estado dispõe de uma pluralidade de instrumentos, entre os quais o direito penal figura como o mais gravoso – daí porque, voltamos a sublinhar, a sua sedutora (pois, de regra, mais eficaz) utilização.

86. FARIA COSTA, José de. A linha: algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de "técnica" e de "bio-ética". In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 37.

87. É certo que aqui reside um dos pontos de maior incompreensão no atual cenário jurídico-penal. O problema que identificamos na nossa realidade não está tanto na expansão *per se* da matéria penalmente tutelável quanto na forma com que tal expansão tem lugar. Nas palavras de Silva Dias, "a crise do direito penal moderno não passa *qua tale* pela tutela de bens jurídicos supraindividuais, pela criação de crimes de perigo abstracto (...)", mas decorre, verdadeiramente, da "expansão ilegítima do direito penal moderno, aquela que é feita à revelia do seu quadro de validade, do paradigma político-criminal e dogmático nele fundado e que tem conduzido à sua funcionalizção, administrativização e desformalização e à descaracterização de categorias dogmáticas" (SILVA DIAS, Augusto. *"Delicta in se" e "delicta mere prohibita". Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 258-259).

88. FARIA COSTA, José de. Op. cit. [n. 86], p. 37.

mente relevante" é o dos desdobramentos do próprio modelo de Estado que se tem por base e, portanto, daquilo que se encontra plasmado na Constituição. O mais importante deles, quiçá, o de que um dos princípios gerais e estruturantes do Estado de Direito Democrático, o princípio da liberdade tem por efeito, conforme Ferreira da Cunha, a promoção da "máxima liberdade individual compatível com a liberdade alheia e, assim, da máxima tolerância compatível com uma vida em comum", razão pela qual não se pode conceber um direito penal destinado a tutelar "valores morais, religiosos ou ideológicos (em si e por si mesmos considerados) cujo desrespeito não cause verdadeiros danos sociais; (...) meras intenções não exteriorizadas em factos, cuja punição redundaria numa intromissão na liberdade de consciência individual", limitando-se, ao contrário, única e exclusivamente à tutela das "condições básicas para a vida em comum".[89]

A expressão "condições básicas para a vida em comum", de Ferreira da Cunha, segundo vemos, vai ao encontro da própria formatação dada à noção de bem jurídico, coincidente com a valiosa relação que se estabelece entre um determinado segmento da realidade e um indivíduo, relação essa orientada à realização da liberdade desse mesmo indivíduo em um contexto interpessoal.[90] A

89. FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 135-136. De forma muito próxima, Palazzo afirma que a influência dos princípios constitucionais em relação à matéria penal reflete-se na "tendência à secularização do direito penal, secularização não identificada apenas na vitória de certas incrustações do sistema, de feição especificamente religiosa, mas como uma tendência bem mais racional que busca ajustar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas das condições objetivas de existência da sociedade civil, e a excluir, em consequência, os fatos reprováveis de um ponto de vista apenas ideológico" (PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 87).

90. Assim: KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en el derecho penal. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 55 e ss. O autor sintetiza, em precisa formulação: "os bens jurídicos constituem vínculos reais possibilitadores da liberdade externa de uma pessoa e por isso valiosos, constituídos a partir do atuar intersubjetivo (das práticas sociais)". Oportuno destacar, nesse particular, de forma exemplificativa, a relação que observa Anselmo Borges, entre *propriedade* e *liberdade*, sendo a primeira delas determinante do "que o homem possui" e também do "que ele pode ou não", daí resultando que "a propriedade proporciona liberdade", e que o apropriar-se da

preservação daquela valiosa relação em um plano interpessoal é, salvo melhor juízo, a própria condição de possibilidade do conviver, do viver com. Nesta exata medida, o direito penal depara-se com a tarefa, exclusiva tarefa, de tutelar bens jurídicos, na falta da qual não se poderia conceber a vida em comum, a vida em sociedade.

Admitir, entretanto, a possibilidade de intervenção penal em matéria econômica para além do marco de tais condições básicas de convívio em sociedade ou, dito de outra forma, conceber tipos penais não vinculados a quaisquer bens jurídicos seria o mesmo que restringir a liberdade de forma absolutamente injustificada. Mais do que isso. Seria o mesmo que "admitir uma ordem jurídica a tal ponto surrealista que, em que pese afirmar expressamente o direito à liberdade em seu texto constitucional, autorizaria, ao mesmo tempo, a criminalização irrestrita do seu exercício".[91] Condicionar, pois, a legitimidade da intervenção penal à exclusiva proteção de bens jurídicos é interpretação que, como se percebe, não só possui claro fundamento jurídico-constitucional, como também expressa uma inequívoca concepção laica de Estado, na qual a liberdade é um valor fundamental e estruturante.[92] Como já tivemos a oportunidade de observar, não há nenhuma razão que nos leve a identificar algo de diferente em matéria de direito penal econômico.

Mas se, por um lado, definir a tutela de um bem jurídico como um pressuposto necessário a legitimar qualquer incriminação já é uma forma de limitar

---

propriedade é, portanto, o apropriar-se também da liberdade (BORGES, Anselmo. O crime económico na perspectiva filosófico-teleológica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 10, p. 32-33).

91. D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit. [n. 68], p. 72-73. O autor emprega tal argumento, todavia, ao ensejo da exposição relativa à fundamentação positiva que atribui ao princípio da ofensividade. Mesmo assim, não julgamos que a citação, no presente contexto, esteja a violentar minimamente o pensamento do autor.

92. O que constitui, também, o fundamento constitucional do princípio da ofensividade na construção de Cadoppi e Veneziani. Neste sentido, afirmam os autores que em um contexto no qual a Constituição "configura um Estado laico, tolerante, no qual a liberdade do cidadão é bem supremo", "a única justificação do direito penal está na repressão e prevenção de fatos danosos para outras pessoas ou para a sociedade". E prosseguem os autores, sustentando que "o princípio da autonomia pessoal (...) pressupõe que os indivíduos são livres para efetuar autônomas e livres escolhas de ações, ainda que tais escolhas sejam censuráveis porque não 'ortodoxas' em relação à moral comum", sendo, portanto, apenas legítima a intervenção penal quando da ação resultar um dano objetivo aos outros ou à sociedade (CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Elementi di diritto penale – Parte generale*. 2. ed. Padova: Cedam, 2004. p. 86).

a atividade do legislador penal – reiteramos que todo o exercício de definição é, na mesma proporção, um exercício de limitação –, não quer isto significar que nesse único traço resida toda a distinção que se possa surpreender. Em realidade, a constatação precedente convoca ainda uma série de especificações de significativa importância, já que a determinação do conteúdo material do ilícito penal não se acha satisfeita com a simples referência à "tutela de um bem jurídico". Além disso, o esmiuçar dos aspectos necessários à determinação daquele conteúdo possibilita uma melhor visualização daquilo que a específica racionalidade do direito penal econômico desafia no âmbito do ilícito-típico em matéria econômica.

Da premissa inicial de que o direito penal deve tutelar bens jurídicos resulta que a norma penal deve ser acompanhada de duas dimensões de valoração: uma de signo positivo e outra de signo negativo.[93] Expliquemo-las, a partir de agora, buscando chamar a atenção, ainda, para os cuidados conceituais impostos em razão das vicissitudes do objeto em questão (economia).

3.2.1 Valoração positiva: a dignidade de tutela penal e a necessidade de tutela penal dos bens jurídicos econômicos

À concepção da norma sempre antecederá um juízo de valor, no qual, segundo D'Avila, "a comunidade organizada, historicamente datada, reconhece a boa e desejada existência de determinadas realidades sociais, reunindo esforços em prol de sua continuidade".[94] Este primeiro momento de valoração arranca da própria ideia de bem jurídico. Nele, o legislador leva a cabo uma avaliação positiva de uma determinada relação que se estabelece entre um sujeito e um trecho da realidade.[95] É esta valiosa relação que materializa a noção

93. D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit. [n. 39], p. 203 e ss.

94. Idem, p. 205. A existência de uma multiplicidade de valorações que antecedem a existência da norma, entretanto, remonta a Kaufmann, se bem que no contexto de uma concepção do ilícito centralizada no desvalor da ação, falando-nos, aqui, de três valorações (KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Richard Paul Netto. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976, p. 98 e ss.).

95. Estamos a pressupor, aqui, um conceito relacional de bem jurídico, com gênese, pois, na valiosa relação "entre um algo, é dizer, entre uma realidade e um sujeito" (KAHLO, Michael. Op. cit. [n. 90], p. 54-55). Nas palavras de Welzel, o valor que a noção de bem jurídico expressa "é mais uma conexão do objeto ao eu do que aquilo que é" (WELZEL apud FARIA COSTA, José de. Op. cit. [n. 68], p. 185, nota 12), disso resultando, conforme Faria Costa, que "o que é fundamental prende-se não com a específica situação determinada no tipo legal de crime, mas antes com a relação da pessoa com

que se tem de bem jurídico. Contudo, para que o legislador penal valore positivamente tal relação, ou, em outras palavras, para que possamos adjetivá-la de *bem jurídico-penal* – sublinhando, a traço grosso, o designativo *penal* –, a observância de alguns critérios é tarefa imprescindível. Destacamos, aqui, os critérios da *dignidade penal* e da *carência de tutela penal*.

Quanto ao primeiro, diz ele respeito ao fato de que "apenas os bens jurídicos de eminente dignidade de tutela (*Schutzwürdigkeit*) devem gozar de protecção penal".[96] Conforme Figueiredo Dias, "um bem jurídico político-criminalmente tutelável existe ali – e só ali – onde se encontre reflectido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social e que, deste modo, se pode afirmar que 'preexiste' ao ordenamento jurídico-penal".[97] Falamos, portanto, não de quaisquer bens jurídicos, mas de bens jurídicos que representem a cristalização de valores constitucionais recondutíveis – mediata ou imediatamente – a direitos fundamentais, bem como à ordenação social, política e econômica, em uma relação de "analogia material".[98] De bens jurídicos que não são *criados* pelo direito penal, mas *reconhecidos* enquanto realidades a ele transcendentes.[99]

Neste ponto, direcionando a questão ao nosso objeto específico – o direito penal econômico –, tais considerações se oferecem como portadoras de um enorme potencial crítico. E isso porque, como fica claro, a exigência de dignidade de tutela penal impede que o direito penal econômico ofereça proteção a quaisquer

---

o próprio objecto de valoração" (FARIA COSTA, José de. Op. cit. [n. 68], p. 185). Em última síntese, podemos asseverar, ainda na companhia de Faria Costa, que "a vida, a integridade física, a dignidade, a honra ou o património, enquanto bens jurídico-penais, expressam-se na relação do 'eu' com o objecto de valoração que, como se acaba de demonstrar, não é o próprio valor mas o valor do bem ou da coisa" (FARIA COSTA, José de. Op. cit. [n. 68], p. 186).

96. ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit. [n. 33], p. 184.

97. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit. [n. 38], p. 120.

98. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit. [n. 38], p. 120. Ver, também, a menção que fazemos na nota 33.

99. Como nos fala D'Avila, referindo-se aos bens jurídico-penais, "a difícil tarefa do direito penal não está, definitivamente, na sua produção, mas no seu adequado 'reconhecimento'. No reconhecimento de realidades que transcendem a ordem jurídico-penal e condicionam o seu âmbito legítimo de tutela" (D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit. [n. 39], p. 210). Em declarada oposição, pois, à construção de Roxin, para quem não há apenas bens jurídicos que vêm dados ao legislador, como a vida humana, mas também bens jurídicos "criados por ele, como sucede por exemplo no caso dos impostos" (ROXIN, Claus. Op. cit. [n. 65], p. 448).

bens jurídicos. Limita, assim, a atuação do legislador penal ao fazê-lo indagar, antes da serventia de uma determinada incriminação em matéria econômica, pela existência de um valor constitucionalmente assente, cuja preservação seja fundamental ao convívio social e condição de manutenção da ordem econômica. Limita, pois, a atividade do legislador ao *reconhecimento prévio* desses valores.[100]

Quanto ao contributo, no âmbito deste primeiro nível de valoração, do critério da carência de tutela penal, diz ele respeito ao fato de que "o direito penal só deve intervir quando a protecção dos bens jurídicos não possa alcançar-se por meios menos gravosos para a liberdade",[101] ou, em outra perspectiva, "quando outras formas de tutela (social ou normativa) se mostrem insuficientes para assegurar a sua protecção".[102] Conforme Faria Costa, neste preciso ponto "devem ser convocadas as ideias do direito penal enquanto direito de *ultima ratio* e ainda de tutela subsidiária de bens jurídico-penais".[103]

Não menos significativo é o potencial crítico com o qual se apresenta o critério em questão, no universo do direito penal econômico. Ora, em verdade, podemos mesmo dizer, com alguma convicção, que se há âmbito no qual a proteção de um dado bem jurídico pode ser não apenas igualmente assegurada, como até mais eficazmente promovida por meio de ordenamentos não penais, esse âmbito é precisamente o econômico.[104] E isso, cremos, em razão das características próprias das infrações econômicas, ressaltando aqui a perspectiva criminológica – qualidades especiais do agente infrator e razões que levam à prática da infração. Neste contexto, a exigência de necessidade de proteção penal de um dado bem jurídico é, também, fator que limita a atuação do legislador penal em matéria econômica.

O primeiro nível de valoração que antecede a concepção da norma penal deve, assim, observar os critérios acima referidos, podendo recair a proteção

---

100. Ver nossa nota 99.

101. ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit. [n. 33], p. 186.

102. FARIA COSTA, José de. Op. cit. [n. 41], p. 183.

103. Idem, ibidem.

104. Não por acaso podemos verificar a existência de algumas construções que apontam no sentido de uma massiva descriminalização no âmbito do direito penal econômico, tendo por fundamento exatamente a possibilidade de se atingir a mesma proteção por via de ferramentas não privativas de liberdade. Conferir, no contexto brasileiro: FAYET JR., Ney. Criminalidade econômica e princípio da racionalidade: coordenadas para a construção de uma política criminal racional. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2008. vol. I.

penal unicamente sobre os bens jurídicos econômicos que ultrapassem tais "filtros". Apenas nessa hipótese poderemos falar de bens jurídico-penais. Contudo, antes de examinarmos o segundo nível de valoração que também deve acompanhar o processo de concepção do ilícito-típico, uma breve nota é ainda necessária no que diz respeito ao primeiro nível de valoração.

Para lá dos aspectos acima referidos, que devem ser considerados no âmbito da dimensão valorativa do bem jurídico, fundamental é que se tenha presente, ademais, a sua "dimensão existencial (*Seinaspekt*)".[105] Referimo-nos, aqui, à expressão fenomênica do bem jurídico econômico, parâmetro fundamental para que se possa aferir o nível subsequente de valoração, o negativo. E isso porque é "somente na forma de um fragmento de realidade, e não como realidade ideal, que o bem jurídico pode ser alcançado, de forma prejudicial, pelo fato típico",[106] sendo essa uma nota "fundamental para o fortalecimento do seu potencial crítico".[107] Tal processo de concretização do bem jurídico deve ser considerado não só em bens jurídicos individuais, como também nos bens jurídicos supraindividuais, próprios do direito penal econômico. Pressuposto isso, podemos avançar para os aspectos que dizem respeito ao segundo nível de valoração.

3.2.2 Valoração negativa: a ofensa como limite e os distintos níveis de ofensividade

Como já tivemos a oportunidade de afirmar, a premissa de que o direito penal deve tutelar única e exclusivamente bens jurídicos convoca, ao lado de uma valoração positiva, voltada para a matéria da incriminação – relacionada, pois, ao próprio bem jurídico que deve ser o referente da norma penal –, um segundo nível de valoração, relacionado à específica forma por meio da qual aquele bem jurídico-penal deve ser preservado.[108] Em outras palavras, diz ele respeito ao "'como' da proibição penal",[109] ou à ofensa em sentido estrito.

---

105. D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit. [n. 39], p. 207 e ss.

106. Idem, p. 208.

107. Idem, ibidem.

108. Bem distingue Faria Costa: "uma coisa é a valoração que se estabelece (que o legislador estabelece) entre a conexão do 'eu' com o próprio objecto e que faz, como vimos, que em determinados momentos históricos, uma tal conexão mereça ser erigida a bem jurídico-penal; outra coisa é o facto de que ao legislador não é suficiente este trabalho de valoração axiológico-jurídica, a ele se exige ainda que determine os meios de preservar aquilo que erigiu como valor ou que se lhe impôs como valor" (FARIA COSTA, José de. Op. cit. [n. 68], p. 187).

109. D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit. [n. 39], p. 213.

O que está em causa, aqui, nas palavras de D'Avila, é a exigência de "uma dupla interrogação, a se projetar, simultaneamente, sobre o conceito de 'realidade' submetida à tutela e sobre o de 'tutela' a que se submete essa realidade",[110] resultando disso que qualquer proibição, além de possuir no seu núcleo um bem jurídico-penal, deverá necessariamente recair sobre condutas desvaliosas, cujo desvalor extrai-se por meio de "um segundo nível de valoração, no qual determinados fatos, ao negarem o valor situacional do bem jurídico, centro da intencionalidade da norma, são percebidos negativamente pelo direito penal".[111] Podemos falar, pois, de uma valoração de ordem negativa.[112]

Essa dimensão de análise, diferentemente do que uma apressada leitura possa equivocadamente sugerir, não é meramente complementar ou acessória. É, antes, fundamental para que se possa obter um critério material efetivamente crítico da intervenção penal.[113] Mais do que isso. Não parece sequer metodologicamente defensável assumir como premissa um direito penal de tutela de bens jurídicos e, paralelamente a isso, conceber ilícitos penais que, conquanto relacionados àqueles bens jurídicos, o sejam apenas de forma indireta – isto é: tutelam-se bens jurídicos penais, punindo-se condutas que não os violam, condutas não atentatórias ou ofensivas à preservação daquela específica relação.[114]

Mas se é correto que a proibição penal deve necessariamente recair sobre condutas ofensivas à preservação daquela relação – ou, simplesmente, ofensivas a bens jurídico-penais –, não menos correto é que a noção de ofensividade abarca distintos graus de ofensa. Em outras palavras, não se deve inferir, pela simples assunção do princípio da ofensividade, que a legitimidade de uma incriminação esteja condicionada à produção de uma lesão ao bem jurídico,

110. Idem, p. 216.

111. Idem, p. 217.

112. Idem, ibidem; e KAUFMANN, Armin. Op. cit. [n. 94], p. 100.

113. D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit. [n. 39], p. 212.

114. Com o que parece concordar Faria Costa, ao afirmar que na "ideia falaciosa de que é precisamente em nome da protecção de bens jurídicos que se devem ou têm de punir condutas elas mesmas não violadoras de bens jurídicos" reside "uma das expressões mais acabadas de subversão e incompreensão metodológicas" (FARIA COSTA, José de. Op. cit. [n. 68], p. 621, nota 130. A subversão traduzir-se-ia, ainda segundo o autor, na "confusão entre meios e fins" que tem lugar quando a razão de ser do próprio ordenamento (proteção de bens jurídicos) não se faz presente em uma determinada incriminação.

oferecendo-se o perigo de lesão também como uma forma de ofensa suscetível de proteção penal.[115]

Em bom rigor, ao lado do *dano/violação* – ou, simplesmente, da lesão –, que traduz um "dano efetivo do bem, consistente em uma destruição, na diminuição na perda do bem jurídico"[116] e que ocupa posição central na fundamentação do ilícito-típico,[117] coloca-se, também, o *perigo/violação*, que se desdobra nas ofensas de *concreto* "pôr-em-perigo" – própria dos crimes de perigo concreto – e de "cuidado-de-perigo" – própria dos crimes de perigo abstrato. Tais ofensas, diferindo quanto à posição ocupada pelo bem jurídico em relação à conduta perigosa – na ofensa de *concreto* "pôr-em-perigo", há uma significativa proximidade entre o bem jurídico e a conduta, dando causa a uma "comoção da certeza de ser" (*Erschütterung*)[118] do bem jurídico, ao passo que na ofensa de "cuidado-de-perigo", grau mínimo de ofensividade, verifica-se um maior afastamento, inexistindo "a mediação de um concreto e definível bem jurídico a 'cimentar' a relação de cuidado"[119] –, arrancam ambas da noção penal relacional de perigo, assente na probabilidade de um acontecer danoso,[120] encontrando-se, assim, por ela limitada. Daí porque a ofensividade encontrará o seu limite intransponível na noção de perigo. Tomando por base a formulação de D'Avila, relativa ao acertamento da ofensa de "cuidado-de-perigo", não se poderá falar em ofensividade quando não constatada, a partir de um juízo *ex ante* de base total, ao menos uma *possibilidade não insignificante* de dano/violação.[121]

Tal precisão conceitual, no âmbito do direito penal econômico, é fundamental. E isso porque, como já assinalamos, as especiais características do objeto de tutela em causa nesse âmbito resultam na frequente utilização da

115. FARIA COSTA, José de. Op. cit. [n. 41], p. 181.

116. MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale*. Padova: Cedam, 2002. p. 92.

117. Como reconhece: D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit. [n. 68], p. 93.

118. BINDING apud FARIA COSTA, José de. Op. cit. [n. 68], p. 630.

119. FARIA COSTA, José de. Op. cit. [n. 68], p. 634. O autor deixa claro, contudo, que "a relação de cuidado de perigo, mesmo sem a recorrência imediata do bem jurídico, é ainda suporte material suficiente para legitimar a incriminação de condutas violadoras dessa relação originária".

120. Ver, neste sentido: FARIA COSTA, José de. Op. cit. [n. 68], p. 583-584, para quem é o perigo "um estádio relativamente ao qual é legítimo prever como possível o desencadear de um dano/violação para com um bem jurídico-penalmente protegido", sendo ele constituído por dois elementos, quais sejam, "a probabilidade de um acontecer e o carácter danoso do mesmo".

121. Idem, p. 171-172.

técnica dos crimes de perigo, especialmente os de perigo abstrato.[122] Decorre isso de uma compreensível e devida atenção para com as vicissitudes do objeto em causa, em relação às quais a exigência de verificação de uma efetiva lesão dificilmente seria satisfeita e tampouco atenderia às pretensões regulatórias do direito penal.[123] Esse expediente, contudo, fique claro, nada tem de ilegítimo. Contanto que devidamente observados os critérios acima referidos, movimenta-se dentro da mais clara legitimidade.

4. CONCLUSÃO

As características do direito penal econômico permitem atribuir-lhe certa autonomia. Contudo, não obstante as suas especificidades, comunga ele do mesmo núcleo do direito penal. Na condição de agudo instrumento restritivo de liberdade, sujeita-se à verificação dos mesmos critérios materiais que devem justificar qualquer intervenção de caráter penal. As dificuldades impostas pelo seu objeto não devem conduzir ao abandono desses critérios e de princípios basilares do direito penal, mas devem antes dar ensejo ao refinamento daqueles critérios e à iluminação da sua complexa, mas necessária adequação àqueles princípios.

5. BIBLIOGRAFIA

AIRES DE SOUSA, Susana. Sobre o bem jurídico-penal protegido nas incriminações fiscais. In: _____ et al. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. vol. III.

ANDRADE, Manuel da Costa. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista*

122. Ver, a esse respeito, nosso tópico 1.3.2, bem como nossa nota 66.

123. Neste sentido, Pérez del Valle chega a defender a legitimidade dos crimes de perigo abstrato "cuando un determinado sector social sólo puede ser organizado con la estandarización de comportamientos, pues en esos casos no puede mantenerse la expectativa de que las personas que se mueven en esa esfera se controlen de tal modo que eviten la producción de daños" (PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique (dir.). *Curso de derecho penal económico*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 1998. p. 31). Parece-nos, contudo, que o argumento do autor, embora apto a justificar político-criminalmente a opção pela referida técnica de tutela em atenção às especificidades do objeto, não serve como fundamento de sua legitimação. Em outras palavras, a sua legitimação não se pode encontrar em um qualquer juízo de oportunidade, mas apenas na estrita e criteriosa adequação aos princípios basilares do direito penal.

Portuguesa de Ciência Criminal. ano 2. p. 173-205. Coimbra: Coimbra Ed., abr.-jun. 1992.

_____. O direito penal econômico na Constituinte. *Revista de Direito e Economia.* n. 1. ano I. p. 324-327. Coimbra: Coimbra Ed., 1975.

_____. A fraude fiscal – Dez anos depois, ainda um "crime de resultado cortado"? In: _____ et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários.* Coimbra: Coimbra Ed., 2009. vol. III.

_____. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-lei n. 28/84, de 20 de janeiro). In: _____ et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários – Problemas gerais.* Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico.* 2. ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2010.

BALTAZAR JR., José Paulo. *Crimes federais.* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BELEZA DOS SANTOS, José. *Ensaio sobre a introdução ao direito criminal.* Coimbra: Atlântida, 1968.

BORGES, Anselmo. O crime económico na perspectiva filosófico-teleológica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal.* ano 10. p. 7-35. Coimbra: Coimbra Ed., jan.-mar. 2000.

BÖSE, Martin. Derechos fundamentales y derecho penal como "derecho coactivo". In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, 2007.

CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Elementi di diritto penale. Parte generale.* 2. ed. Padova: Cedam, 2004.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal.* Colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2007. vol. I.

_____. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: _____ et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários – Problemas gerais.* Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I.

_____. Introdução ao direito penal económico. In: _____ et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários – Problemas gerais.* Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I.

_____. Notas críticas à penalização de actividades económicas. In: _____ et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários – Problemas gerais.* Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I.

D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos.* Porto Alegre: Edipucrs, 2010. vol. II.

_____. Direito penal e direito administrativo: elementos para uma distinção qualitativa. In: _____. *Ofensividade em direito penal – Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Ofensividade e crimes omissivos próprios, contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – Parte geral – Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Ed. RT; Coimbra: Coimbra Ed., 2007. t. I.

_____. Lei criminal e controlo da criminalidade: o processo legal-social de criminalização e de descriminalização. *Revista da Ordem dos Advogados*. ano 36. p. 69-98. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1976.

_____. Para uma dogmática do direito penal secundário. In: _____ et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários – Problemas gerais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I.

_____; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infracções contra a economia nacional. In: _____; _____ et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários – Problemas gerais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 11. p. 184-207. São Paulo: Ed. RT, 1995.

FARIA COSTA, José de. Breves reflexões sobre o Decreto-lei n. 207-B/75 e o direito penal económico. In: _____ et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários – Problemas gerais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I.

_____. O direito, a fragmentariedade e o nosso tempo. In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

_____. *Direito penal económico*. Coimbra: Quarteto, 2003.

_____. A linha: algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de "técnica" e de "bio-ética". In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

_____. *Noções fundamentais de direito penal* (fragmenta iuris poenalis). 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

_____. *O perigo em direito penal. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

FAYET JR., Ney. Criminalidade econômica e princípio da racionalidade: coordenadas para a construção de uma política criminal racional. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2008. vol. I.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève. *Droit pénal des affaires*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HEIDEGGER, Martin. *Serenidade*. Trad. Maria Madalena Andrade e Olga Santos. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en el derecho penal. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

KAUFMANN, Arthur. Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações: fundamento de uma teoria do direito baseada na pessoa. *Boletim da Faculdade de Direito*. vol. LXXVIII. p. 183-208. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002.

KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Richard Paul Netto. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1986.

LAGODNY, Otto. El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale*. Padova: Cedam, 2002.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano 1. p. 151-198. Coimbra: Coimbra Ed., out.-dez. 1991.

_____; _____. *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistemática*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.

_____; _____. Derecho penal "mínimo" y nuevas formas de criminalidad. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. n. 9. p. 147-167. Madrid: Uned, 2002.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa – Parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MATTES, Heinz. *Problemas de derecho penal administrativo: historia y derecho comparado*. Trad. y notas José M. Rodriguez Devesa. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.

MENDOZA BUERGO, Blanca. La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. n. 9. p. 39-82. Madrid: Uned, 2002.

MIRANDA, Jorge. A interpretação da Constituição económica. *Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*. t. I. p. 281-291. Coimbra: Faculdade de Direito, 1984.

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito económico*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

MOREIRA, Vital. Economia e direito: para uma visão estrutural das suas relações. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. ano XIX. p. 35-85. Coimbra: Atlântida, 1972.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PALIERO, Carlo Enrico. Il principio di effetività del diritto penale. *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. anno XXXIII. fasc. 2. p. 430-544. Milano: Giuffrè, 1990.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. n. 11. p. 95-164. Madrid: Uned, 2003.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique (dir.). *Curso de derecho penal económico*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 1998.

ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

_____. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: _____. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008.

SILVA DIAS, Augusto. *"Delicta in se" e "delicta mere prohibita". Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho economico, de derecho penal economico y de delito economico. *Revista Chilena de Derecho*. vol. 10. p. 59-68. Santiago: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1983.

_____. *Lecciones de derecho penal económico (comunitário, español, alemán)*. Barcelona: PPU, 1993.

ZIRONI, Stefano. Il delitto dei "colletti Bianchi" nella teoria di Edwinh Sutherland. *Il diritto dell'economia*. vol. 3. p. 785-791. Milano: Giuffrè, 1990.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Contexto e conceito para o direito penal econômico, de Celso Eduardo Faria Coracini – *RT* 829/429;
- O direito penal econômico, de João Marcello de Araújo Júnior – *RBCCrim* 25/142;
- Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação, de Rodrigo Sánchez Rios – *RT* 775/432; e
- Tipicidade no direito penal econômico, de Heloisa Estellita Salomão – *RT* 725/407.

- *Direito penal econômico* – Teoria geral da responsabilidade civil, de Luiz Regis Prado, 4. ed., São Paulo, Ed. RT, 2011.

Veja também Jurisprudência

- Crime contra a Administração Pública. Agente que, simulando ser fiscal da Receita Federal, obtém vantagens de terceiro: *RT* 894/537; e
- Moeda falsa. Falsificação e utilização de *travellers checks*: *RT* 885/529.

O DELITO DE FRAUDE EM FINANCIAMENTO (ART. 19 DA LEI 7.492/1986): POR UMA COMPREENSÃO A PARTIR DA GESTÃO DE RISCO DE CRÉDITO

3

Loan Fraud Crime (Law 7.492/1986, art. 19): for an understanding based on credit risk management

THIAGO ZUCCHETTI CARRION

Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Frequente é a comparação do delito de fraude em financiamento (art. 19 da Lei 7.492/1986) com o crime de estelionato do Código Penal. Essa visão aparentemente inofensiva para além do teoricamente inadequado revela uma pré-compreensão do crime de fraude em financiamento com foco excessivo no patrimônio das instituições financeiras, a qual não se sustenta perante a complexidade do contexto fático no qual a aplicação dessa legislação se dá. Possível é a alteração desse cenário mediante a introdução da noção de gestão de risco de crédito como pedra de toque do significado normativo do crime em questão, definindo-se seus limites e possibilidades de aplicação de forma mais consistente.

PALAVRAS-CHAVE: Fraude em financiamento - Gestão de risco - Risco de crédito.

ABSTRACT: It is frequent to compare the crime of loan fraud (Art. 19 of Law 7.492/1986) with the crime of false pretenses of the Criminal Code. This seemingly harmless view, which goes beyond the theoretical inadequacy, reveals a pre-understanding of the crime of loan fraud with an excessive focus on the financial institutions' equity; it does not stand up to the complexity of the factual context in which the application of such legislation takes place. It is possible to change this scenario by introducing the notion of credit risk management as the touchstone of the normative meaning of such crime, defining its limits and possibilities of application more consistently.

KEYWORDS: Loan fraud - Risk management - Credit risk.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Estelionato e fraude em financiamento – 3. Estrutura de *gestão de risco de crédito* em instituições financeiras: 3.1 Da importância da política de crédito; 3.2 Análise de risco de crédito: 3.2.1 Sistema especialista de análise de risco de crédito; 3.2.2 Modelos matemáticos de risco de crédito; 3.2.3 *Ratings* e risco de crédito; 3.3 Diversificação; 3.4 Decisão de crédito; 3.5 Política de crédito: publicidade *vs.* confidencialidade – 4. Objetividade jurídica do delito de fraude em financiamento: 4.1 Hipóteses da exclusão da tipicidade por ausência de ofensa ao bem jurídico; 4.2 Exemplo de tipicidade: fraude contábil ou fraude na declaração de IR da pessoa física – 5. Demais observações típicas do delito de fraude em financiamento: 5.1 Classificação quanto ao resultado material; 5.2 Tentativa; 5.3 Significado da elementar "financiamento" – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Desde o já clássico trabalho de Pimentel,[1] é corrente na doutrina nacional a comparação entre o delito de fraude em financiamento,[2] previsto no art. 19 da Lei 7.492/1986, e o crime de estelionato, constante no *caput* do art. 171 do CP. Tal relação oscila de uma versão mais forte, afirmando que o crime em questão se trata de um tipo específico de estelionato,[3] até uma mais fraca, que afirma que o crime previsto na "Lei dos Crimes de Colarinho Branco" seria apenas um crime semelhante ao inscrito no Código Penal.[4]

O presente trabalho busca discutir criticamente o delito de fraude em financiamento, questionando essa posição que, embora aparentemente consolidada e não problemática, não oferece os resultados práticos e teóricos esperáveis,

1. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86*. São Paulo: Ed. RT, 1987. p. 144.
2. Tal nomenclatura é oriunda da Emenda do Senado que deu redação final ao projeto de lei que viria a se tornar a Lei 7.492/86. Nesse sentido: Emenda n. 1: Emenda substitutiva ao projeto de lei da Câmara 27 de 1985 (fotocópia dos documentos originais recebidos por via postal). Brasília: Secretaria do Arquivo do Senado Federal. ([Carta] para Thiago Zucchetti Carrion. Porto Alegre. 05.12.2008. 26 f. Encaminha documentos do PLC 27/1985).
3. Nesse sentido, além de Pimentel: COSTA JUNIOR, Paulo José; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 126; BALTAZZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 375.
4. Adotam essa corrente: MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à Lei Federal n. 7.492/86*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 123; BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 213.

tendo em vista que passa ao largo das peculiaridades envolvidas no ato de concessão de crédito, representado, no presente caso, sob a figura do financiamento. Tal aprofundamento na análise se faz necessário na medida em que: "A complexidade dos fatos contamina, inexoravelmente, a legislação tendente a regulá-los, a qual, a partir disso, traz consigo os efeitos dessa complexidade".[5]

2. ESTELIONATO E FRAUDE EM FINANCIAMENTO

Como já observava Hungria, em que pese a linguagem corrente utilize como sinônimos os vocábulos *fraude* e *estelionato*, existe entre ambos uma clara dicotomia, diferença essa que teve que passar por uma evolução gradual desde a ambiguidade das fontes romanas e medievais. Assevera o autor que, já no Código Penal de 1830, vislumbrar-se-ia o fato de que no estelionato a fraude não é punida em si mesma, mas enquanto meio para operar a locupletação ilícita, sob pena de operar uma confusão desse crime com "o *falsum* (ofensa à *fides publica*, sem necessidade de um efetivo dano material)".[6] Ou seja, os elementos que caracterizam o estelionato são a fraude *somada ao prejuízo patrimonial*, caso suprimíssemos a essa, poderíamos ter um crime de furto/dano, caso suprimíssemos este teríamos, provavelmente, uma falsidade.

Nesse tom, tendo em vista que inexistirá o requisito básico da relação de *especialidade*, qual seja, de que o tipo especial possua *todos* aqueles do geral mais um elemento *especializante*,[7] não pode ser *especial* em relação ao estelionato um delito que não possua entre as suas elementares o prejuízo patrimonial, pelo que não nos parecem consistentes afirmações tais quais a do próprio Pimentel[8] ou de Baltazzar Junior,[9] ao negarem a necessidade de prejuízo patrimonial, mas adotarem a versão mais forte da relação entre o crime do art. 19 da Lei 7.492/1986 e o delito de estelionato.

---

5. FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes de colarinho branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 147.

6. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940): Arts. 155 a 196*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1967. vol. VII, p. 171-172.

7. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 1, p. 248. Em sentido semelhante: HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940)*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. vol. I, t. I, p. 146.

8. PIMENTEL, Manoel Pedro. Op. cit., p. 144-145.

9. BALTAZZAR JUNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 378.

Além disso, a exigência do *prejuízo patrimonial*, enquanto requisito típico para o delito de fraude em financiamento, é passível de ser traduzido em termos mais analíticos, tal qual realizado no direito civil, sob duas formas *dano emergente* e *lucros cessantes*.

Primeiramente, caso compreendêssemos como necessária a ocorrência de dano emergente ao crime em comento, seríamos obrigados a demandar o eventual inadimplemento do financiamento, de maneira a isentar de qualquer responsabilidade aquele que arcar em dia com todas as parcelas do referido crédito, transformando o dito crime em não muito diferente de um inadimplemento civil. Pior ainda, o objetivo da fraude era o de, exatamente, buscar condições mais vantajosas na obtenção do crédito, ou seja, tornaria a tutela penal completamente anteposta à proteção ao sistema financeiro nacional.

Por outro lado, caso considerássemos dano patrimonial enquanto *lucros cessantes*, seria necessário demonstrar que o crédito destinado ao sujeito ativo do crime seria, ainda que provavelmente, concedido a outrem. Todavia, esbarraríamos no sigilo financeiro dessa terceira pessoa (física ou jurídica), que não poderia ser quebrado, pois esse não cometeu qualquer tipo de crime a justificar, perante o regramento constitucional vigente e a legislação complementar, uma medida tão invasiva de sua intimidade, a qual seria devassada pela pretendida análise de suas informações pessoais contidas no requerimento de crédito.[10]

Além disso, é provável que o contrato sequer chegue a seu termo, tendo em vista a possibilidade de sua anulação por conta de *dolo* (arts. 145 e ss. do CC/2002) ou de cláusula de vencimento antecipado prevista no contrato de financiamento. Assim, a própria existência do *dano emergente* e dos *lucros cessantes*, bem como o seu momento consumativo dependeriam da ação da própria vítima que, se buscasse reaver seus valores o quanto antes (por exemplo, acionando a garantia), acabaria por isentar de responsabilidade o fraudador.

Por conta disso tudo, somos forçados a apontar que, na verdade, os autores que referem uma relação de especialidade entre ambos os crimes estão, na verdade, de acordo com os que advogam uma comparação mais fraca, de se-

10. Nesse particular, poder-se-ia afirmar que a redação do art. 1.º, § 4.º, da LC 105/2001, não restringe a quebra do sigilo a delitos praticados por aquele que tem seu sigilo violado, ao mencionar que essa é possível "quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito". Contudo, entender que esse comando abrangeria pessoas inocentes e alheias à operação ilícita pareceria uma interpretação descomprometida dos ditames da privacidade, garantida constitucionalmente.

melhança apenas, entre os dois crimes. Isso porque, tanto num caso quanto no outro, se defende a desnecessidade do inadimplemento contratual, bastando-se para o delito da Lei 7.492/1986 a dita vantagem ilícita, qual seja, a obtenção do financiamento.

Em que pese essa posição doutrinária não enfrentar as mesmas contradições, em nossa opinião ela não se apresenta enquanto a mais correta por *patrimonializar* excessivamente o crime de fraude em financiamento, ainda mais quando a doutrina frequentemente elenca enquanto objetividade jurídica o "patrimônio"[11] ou "interesses patrimoniais",[12] a demandar logicamente que se comprove que o financiamento não seria concedido ou, caso fosse, o seria mediante uma taxa de juros remuneratórios mais alta sem a ocorrência da fraude perpetrada. Nesse exato ponto, surgem as maiores dificuldades a essa corrente, cuja discussão demanda, ao menos, noções básicas da gestão de risco de crédito em uma instituição financeira, tema ao qual dedicaremos o próximo item.

3. ESTRUTURA DE GESTÃO DE RISCO DE CRÉDITO EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

No âmbito de uma instituição financeira, tal qual um banco comercial, referem Steiner et al. que um equívoco na concessão de um financiamento/empréstimo etc. pode acarretar a perda do ganho que foi obtido em uma série de outras relações bem sucedidas, de forma que não há exagero quando afirmam que: "A correta decisão de crédito é essencial para a sobrevivência das empresas bancárias".[13]

Esse é o cenário no qual se faz presente o *risco de crédito*, o qual, segundo o Comitê de Basileia para Supervisão Bancária/Basel Committee on Banking Supervision (BCBS), "is most simply defined as the potential that a bank borrower or counterparty will fail to meet its obligations in accordance with agreed terms".[14] Posição semelhante foi seguida pelo Comitê Monetário Nacional na

11. Adota essa posição: PIMENTEL, Manoel Pedro. Op. cit., p. 144.

12. Nesse sentido: MAIA, Rodolfo Tigre. Op. cit., p. 123.

13. STEINER, Maria Teresinha Arns et al. Sistemas especialistas probabilísticos e redes neurais na análise de crédito bancário. *Revista de Administração* 34-56.

14. Trad. livre: Risco de crédito "é simplesmente definido como o potencial que um mutuário de banco ou contraparte não cumprir as suas obrigações em conformidade com os termos acordados". BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. Principles for the Management of Credit Risk. In:_____. *BCBS compendium of documents. Basic*

edição da Res. CMN 3.721/2009 (*DOU*, Seção 1, em 04.05.2009. p. 47-48) ao conceituá-lo:

"Art. 2.º Para os efeitos desta resolução, define-se o risco de crédito *como a possibilidade de ocorrência de perdas associadas ao não cumprimento pelo tomador ou contraparte de suas respectivas obrigações financeiras nos termos pactuados*, à desvalorização de contrato de crédito decorrente da deterioração na classificação de risco do tomador, à redução de ganhos ou remunerações, às vantagens concedidas na renegociação e aos custos de recuperação" (grifo nosso).

Quanto à sua importância geral, alude o BCBS que a exposição ao *risco de crédito* é o principal problema do mercado bancário mundial, tendo na concessão de crédito sob a forma de empréstimo/financiamento sua maior e mais evidente fonte, em que pese outras atividades financeiras apresentarem sua contribuição a esse quadro.[15] Por conta da importância do risco de crédito, refere Khashman que sua avaliação tem sido o principal foco da indústria financeira.[16] Quanto à sua gestão, Gestel e Baesens, essa somente será sólida se construída sobre uma carteira de ativos rentáveis.[17]

Exatamente por esse motivo, o art. 1.º da Res. CMN 3.721/2009 (*DOU*, Seção 1, em 04.05.2009, p. 47-48) determina às instituições financeiras e as demais que demandem autorização do Banco Central a possuírem uma estrutura de gerenciamento de risco de crédito compatível com as suas operações, cujos requisitos são elencados no art. 4.º da aludida resolução.

3.1 Da importância da política de crédito

Conforme ensina Silva, as "políticas" são mecanismos de administração de empresas que permitem a padronização de decisões.[18] No que tange às insti-

---

supervisory methods. Basel: Bank for International Settlements, 2000. vol. I. p. 01. Disponível em: [www.bis.org/publ/bcbsc125.pdf]. Acesso em: 03.04.2012.

15. Idem. Em semelhante sentido: BAOURAKIS, George et al. A multicriteria approach for rating the credit risk of financial institutions. *Computational Management Science* 6/347. p. 348.

16. KHASHMAN, Adnan. Neural networks for credit risk evaluation: Investigation of different neural models and learning schemes. *Expert Systems with Applications* 37/6233.

17. GESTEL, Tony Van; BAESENS, Bart. *Credit risk management: basic concepts: financial risk components, rating analysis, models, economic and regulatory capital*. New York: Oxford, 2009. p. 93.

18. Conforme ensina Silva, as "políticas" são mecanismos de administração de empresas que permitem a padronização de decisões (SILVA, José Pereira. *Gestão e análise de risco de crédito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 80).

tuições financeiras, é na sua *política de crédito* que se demonstram as escolhas adotadas por essa, as quais são determinadas, por exemplo, como fatores tais quais a estratégia de mercado da instituição financeira e a regulamentação[19] do setor. A política de crédito e a sua devida documentação são comando expresso do art. 4.°, I, da Res. CMN 3.721/2009 (*DOU*, Seção 1, em 04.05.2009. p. 47-48).

Nesse sentido, assevera o autor que, por conta das suas consequências, sua demarcação deve ser reservada aos órgãos mais altos da instituição.[20] É exatamente essa a previsão do art. 4.°, I c/c § 1.°, da Res. CMN 3.721/2009 (*DOU*, Seção 1, em 04.05.2009. p. 47-48) que determina a aprovação das políticas de gestão de crédito e sua revisão anual pela diretoria da instituição financeira e, caso existente, pelo conselho de administração, "(...) a fim de determinar sua compatibilidade com os objetivos da instituição e com as condições de mercado."

Tamanha a importância da política de crédito que, consoante aludem Bierman Jr. e Hausman, caso a referida política seja muito restritiva, essa pode prejudicar os lucros da instituição ou, caso seja muito permissiva, poderá resultar em grande número de valores perdidos por inadimplemento não recuperável.[21] Igualmente, referem Steiner et al que: "A política de crédito de um banco comercial compreende o estabelecimento de taxas de juros, prazos, garantias e nível de risco relacionados a cada tipo de operação."[22]

Na política de crédito que se encontram previstos os processos internos pelos quais a proposta de crédito passará até a decisão de crédito, bem como caberá a essa definir a alçada de cada órgão ou funcionário responsável para aprovar cada uma das modalidades de crédito oferecidas pela instituição financeira para cada um dos seus ramos.[23]

No que se refere à análise de *risco de crédito*, a política de crédito irá determinar quais das diversas abordagens que se encontram disponíveis devem ser empregadas para quais *produtos*, bem como, quando dependerem desses, desenvolver os modelos matemáticos necessários ou proceder ao recolhimento

19. Quanto à importância da estratégia e ao condicionamento das regulamentações ver: SILVA, José Pereira. Op. cit., p. 86.

20. SILVA, José Pereira. Op. cit., p. 81.

21. BIERMAN JR., Harold; HAUSMAN, Warren H. The credit granting decision. *Management Science* 16/B519-B532, p. B519.

22. STEINER, Maria Teresinha Arns et al. Op. cit., p. 56.

23. SILVA, José Pereira. Op. cit., p. 86-96.

dos dados como fontes estatísticas, verificando se o custo dessas escolhas encontra-se em consonância com aquilo que atende aos objetivos da instituição.

Para exemplificar com o caso dos *ratings*, explicados no item 3.2.3,[24] aludem Treacy e Carey, em pesquisa efetuada com os 50 maiores bancos dos Estados Unidos, que o número de notas e os seus usos variam entre as instituições, assim como o grau de rigidez das normas que as definem: enquanto a maioria dos bancos pesquisados acreditava ser equivocada a adoção de demarcações muito estritas para cada *rating*, outras empregam conceitos formalmente rígidos como forma de propiciar maior segurança àqueles responsáveis pela decisão de crédito.[25] Além disso, parte importante da arquitetura de *rating* é a definição dos incentivos do pessoal do banco na determinação dessas notas, sob pena de causar completa divergência entre a forma e a função dos *ratings*.[26]

Ou seja, cada uma das formas de *análise de risco de crédito* guarda suas próprias variáveis, pelo que passaremos a discutir esse tema em maior profundidade na sequência.

3.2 Análise de risco de crédito

Importante momento da gestão do *risco de crédito* se dá no momento da concessão do mesmo, ao que convém mencionar a divisão analítica de Altman, para o qual o ato de concessão de crédito financeiro pode ser divido, para fins didáticos, em quatro fases interdependentes, quais sejam: (1) pedido formulado pelo demandante do crédito, que é seguido pela (2) avaliação do risco de crédito, (3) pela eventual concessão e pelo monitoramento do crédito,[27] e, por fim, (4) pela *performance* do adimplemento do contrato.[28]

---

24. Aos leitores que não possuem noções quanto a essa categoria financeira, recomendamos a leitura antecipada desse item.

25. TREACY, William F.; CAREY Mark Credit risk rating systems at large US Banks. *Journal of Banking & Finance* 24/167, 168, 181.

26. Idem. p. 169.

27. Em que pese Altman afirme que o nome da terceira fase do processo seria a "revisão de crédito", a nosso juízo, parece mais clara a síntese das ideias do autor realizada por Chen, Guo e Huang ao traduzirem enquanto "concessão e monitoramento" essa etapa (CHEN, Yenpao; GUO, Ruey-Ji; HUANG, Rao-Li. Two stages credit evaluation in bank loan appraisal. *Economic modeling. Amsterdam* 26/63-70. p. 64).

28. ALTMAN, Edward I. Commercial bank lending: process, credit scoring, and costs of errors in lending. *The Journal of Financial and Quantitative Analysis* 15/813-832. p. 814.

Para fins do presente estudo focar-nos-emos, principalmente, no segundo momento desse processo, qual seja, a avaliação do risco de crédito, cujos objetivos principais, conforme Altman, são determinar a probabilidade de adimplemento e fornecer subsídios para a decisão de crédito, bem como seu custo e a própria estrutura do contrato,[29] de maneira que, como alude Khashman, o preço (juros remuneratórios) dos mútuos deve corresponder ao risco incorrido.[30] Nesse particular, o art. 4.º da Res. CMN 3.721/2009 (*DOU*, Seção 1, em 04.05.2009. p. 47-48) determina, em vários dos seus incisos, às instituições financeiras (e às demais dependentes de autorização para operar do Banco Central) a devida atenção à análise de risco de crédito.

No que se refere à maneira de proceder à mensuração desse risco, conforme Santos, a avaliação sobre o risco de crédito é realizada através de duas principais formas, quais sejam, a análise subjetiva, também conhecida como *expert system*,[31] e a análise objetiva, também conhecida como estatística.[32]

3.2.1 Sistema especialista de análise de risco de crédito

O sistema especialista possui esse nome exatamente, pois nele a análise de crédito dá-se através de uma pessoa concreta (o especialista), avaliação a qual, conforme refere Santos, baseia-se fortemente na experiência adquirida e na sensibilidade do analista de crédito.[33]

Os pretendentes a um crédito são avaliados no *expert system* sob a ótica de vetores tradicionalmente conhecidos como os "*Cs do Crédito*",[34] quais sejam, o *Caráter* (ponderação de probabilidade de amortização), a *Capacidade* (avaliação de gerenciamento do requerente gerar receita), o *Capital*

29. Idem. p. 814-815.

30. KHASHMAN, Adnan. Op. cit., p. 6233.

31. Em tradução livre: sistema especialista. Nomenclatura advinda de: ALTMAN, Edward I.; SAUNDERS, Anthony. Credit risk measurement: Developments over the last 20 years. *Journal of Banking & Finance* 21/1721-1742. p. 1722.

32. SANTOS, José Odálio dos. *Análise de crédito: empresas, pessoas físicas, agronegócio e pecuária*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 29.

33. Idem, p. 32.

34. Dependendo do autor, o número de *Cs* altera-se, ora não se incluindo o *Colateral*, ora incluindo-se esse mais o chamado *Conglomerado*.

(apreciação da situação econômico-financeira), as *Condições* (análise de impactos externos sobre a fonte de renda) e o *Colateral*[35] (vinculação de bens ao contrato).[36]

Contudo, se são analisados sob a mesma lente, as informações e documentos avaliados variam por conta do tipo de requerente de crédito, se pessoas físicas ou sociedades empresárias, cada um com suas especificidades.

Para o caso das pessoas físicas são verificados, por meio dos documentos básicos de identificação e residência,[37] a situação legal do cliente, a partir dos de renda ou declaração de imposto de renda, a propriedade mobiliária e imobiliária, seus gravames, bem como a renda do cliente. Acrescenta Santos que essa última avaliação trata-se de etapa das mais importantes, tendo em vista a relação diretamente proporcional entre renda e inadimplência.[38] Elabora-se a ficha cadastral do cliente com uma série de variáveis tais quais estado civil, número de dependentes, escolaridade etc, visando a efetuar a precificação e condições do crédito. Igualmente, é realizada a verificação da idoneidade, através de relatórios de empresas especializadas, nas quais é apurada a existência de ações executivas, protestos etc.[39]

---

35. A palavra *collateral* significa, em tradução livre, "garantia". Todos os demais *Cs* possuem correspondentes em inglês que mantém essa letra como a inicial: *Character*, *Capacity*, *Capital*, *Condition*. Assim, normalmente é mantida a grafia em língua inglesa ou mesmo empregada a expressão *colateral* com o fim de manter o *slogan cinco Cs*.

36. SANTOS, José Odálio dos. Op. cit., p. 29-32. No mesmo sentido: CHEN, Yenpao; GUO, Ruey-Ji; HUANG, Rao-Li. Op. cit., p. 63-70. p. 64.

37. A redação do item IX da Res. CMN 1.559/88, revogado pela Res. CMN 2.474/1998, restabelecido pela Res. CMN 2.488/1998, na alínea *d* previa que as instituições seriam vedadas de "realizar operações com clientes que possuam restrições cadastrais ou sem ficha cadastral atualizada". A Res. CMN 3.258/2005 veio alterar a redação do item IX da Res. CMN 1559/1988, dando-lhe um tratamento circunscrito às antigas alíneas *a* e *f*, consolidando uma abordagem mais principiológica. Atualmente, vige a seguinte regra: "IX – É vedado às instituições financeiras: *a*) realizar operações que não atendam aos princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos; *b*) conceder crédito ou adiantamento sem a constituição de um título adequado, representativo da dívida". Contudo, por interpretação sistemática do art. 7.º da Res. CMN 3.422/2006, que possibilita a confecção de ficha cadastral simplificada para as operações de microcrédito, conclui-se que, ao restante das operações permanece a exigência da existência de ficha cadastral atualizada.

38. SANTOS, José Odálio dos. Op. cit., p. 34-38.

39. Idem. p. 33-34.

Semelhante processo ocorre quanto à análise de crédito subjetiva para as sociedades empresárias: inicialmente são levantados os documentos básicos da sociedade e dos seus sócios, bem como obtidos relatórios de empresas especializadas. Contudo, o procedimento guarda distinções importantes em relação às pessoas físicas. Um momento importante reside no que Santos refere como "análise do negócio", etapa na qual a instituição concedente do crédito avalia os fatores de risco interno e externo, o mercado no qual a empresa atua, a capacidade dos seus gestores etc., tudo com o fito de estimar se a empresa possui a capacidade de gerar receitas compatíveis com o crédito. Outro ponto que merece nota, referido como indispensável por Santos,[40] é a avaliação da situação contábil e financeira da empresa, realizada, por padrão, (a) no balanço patrimonial, (b) na demonstração de resultados e (c) na demonstração do fluxo de caixa.[41] Por fim, toma lugar uma análise da situação macroeconômica, visto que "(...) a ocorrência de fatores adversos pode prejudicar a capacidade de pagamento dos clientes (...)".[42] Ademais, não é incomum a realização de visitas às instalações da sociedade empresária, objetivando esclarecer dúvidas e aprofundar a análise de determinados pontos e verificar as garantias oferecidas e a posição financeira efetiva.[43] Aponta Schrickel que o procedimento de visita é mais necessário ainda quando se tratam de novos clientes.[44]

Ao cabo desse processo, sintetizam Chen, Guo e Huang que: "Banks then combine credit reports, income verification, and the information provided by

40. SANTOS, José Odálio dos. Op. cit., p. 57.

41. Idênticos documentos são apontados por Chen, Guo e Huang quando referem que: "In case of commercial and industrial (C&I) lending, applicants are required to submit written profile of business ownership, management team, company literature, historical (generally past 3 years), current as well as future projection of financial statements – balance sheet, income statement, and statements of cash flows". Trad. livre: "No caso dos empréstimos para as áreas comercial e industrial (*C & I*), os candidatos são obrigados a apresentar perfil escrito da propriedade do negócio, da equipe de gestão, sobre a empresa, declarações financeiras – balanço patrimonial, demonstração dos resultados, e as demonstrações dos fluxos de caixa – históricas (em geral, nos últimos 3 anos), do exercício atual, bem como projeção futura" (CHEN, Yenpao; GUO, Ruey-Ji; HUANG, Rao-Li. Op. cit., p. 64).

42. SANTOS, José Odálio dos. Op. cit., p. 60-61.

43. Idem. p. 63-66. Ver também: CHEN, Yenpao; GUO, Ruey-Ji; HUANG, Rao-Li. Op. cit., p. 64.

44. SCHRINCKEL, Wolfgang Kurt. *Análise de crédito: concessão e gerência de empréstimos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.113.

the applicant to make subjective and qualitative judgment on the creditworthiness of the borrowers."[45]

3.2.2 Modelos matemáticos de risco de crédito

Relata Santos que a massificação das operações de crédito, bem como a evolução da informática nos anos 70, proporcionaram o desenvolvimento da análise baseada em pontuação de crédito (*credit score*), principalmente no que tange à concessão de crédito ao consumidor.[46] Em semelhante sentido, referem Altman e Saunders, que as instituições passaram a adotar padrões de análise mais objetivos em desfavor do *expert system*.[47]

Consoante Khashman, no modelo de *scorecard*, uma série de perguntas (*características*) são feitas ao pretendente do crédito para que este as responda com base em um conjunto de escolhas predefinindas (*atributos*),[48] respostas as quais permitirão a análise matemática dos cinco *Cs do Crédito*, determinando ou a probabilidade de inadimplemento ou definirão esse requerente em alguma categoria de risco.[49] Em sentido semelhante, referem Avery, Brevoort e Canner que: "Credit scores seek to rank order individuals by their credit risk so that those with poorer scores are expected to perform worse on their credit obligations than those with better scores."[50]

Diversos são os modelos estatísticos que podem ser empregados por uma instituição financeira,[51] variando também se destinados a avaliar a relação com novos contratantes (*application score*) ou se projetados para acompanhar rela-

45. Trad. livre: "Os bancos, então, combinam os relatórios de crédito, a verificação de renda e as informações prestadas pelo requerente para fazer julgamentos subjetivos e qualitativos sobre o merecimento de crédito daqueles que requerem o crédito" (CHEN, Yenpao; GUO, Ruey-Ji; HUANG, Rao-Li. Op. cit., p. 63)

46. SANTOS, José Odálio dos. Op. cit., p. 167.

47. ALTMAN, Edward I.; SAUNDERS, Anthony. Op. cit., p. 1722.

48. KHASHMAN, Adnan. Op. cit., p. 6233.

49. CHEN, Yenpao; GUO, Ruey-Ji; HUANG, Rao-Li. Op. cit., p. 63.

50. Trad. livre: "As pontuações de crédito buscam ordenar indivíduos pelo seu risco de crédito de maneira que daqueles com piores pontuações é esperado que tenham pior desempenho nas suas obrigações de crédito do que aqueles com melhores pontuações" (AVERY, Robert B.; BREVOORT, Kenneth P.; CANNER, Glenn B. Credit scoring and its effects on the availability and affordability of credit. *The Journal Of Consumer Affairs* 43/516).

51. Para uma revisão quanto ao tema ver: ALTMAN, Edward I.; SAUNDERS, Anthony. Op. cit.

ções já em curso com a instituição (*behavior score*).[52] Além disso, é possível a aplicação da tecnologia de redes neurais, sistemas que permitem a inter-relação entre várias *categorias*, sem que haja o perigo de relações despropositadas entre essas, o que ocorre em casos nos quais essa técnica não está presente, segundo Khashman.[53]

A escolha entre qual desses sistemas adotar, a fórmula de cálculo, as informações e a calibragem do sistema dependem, conforme apontam Santos e Famá, além da experiência e dos dados adquiridos pela instituição,[54] mas, principalmente, da política de crédito da instituição.[55] Além disso, a política de crédito, no que tange aos modelos de *credit scoring* é relevante também para eleger qual será a linha de corte para a aprovação do crédito bem como qual será o intervalo de dúvida, a demandar escrutínio do comitê de crédito da instituição.[56] O tema da política de crédito receberá maior atenção em item próprio, abaixo.

3.2.3 Ratings e *risco de crédito*

As agências de *rating* surgiram nos Estados Unidos da América no início do século XX, época na qual as companhias começaram a necessitar de forma mais expressiva do capital advindo de investidores externos, quando, em 1909, John Moody fundou a sociedade empresária que se tornaria, mais tarde, a Moody's Investor Service, uma das três grandes agências, ao lado da Standard & Poor e da Fitch, as quais tiveram sua gênese, respectivamente, em 1916 e 1924.[57]

No início, conforme Hill, essas agências somente analisavam emissões específicas de títulos,[58] focando-se, segundo Gestel e Baesens, em determinar o risco de inadimplemento ou a perda possível desse título.[59] Atualmente, além

52. ROSENBERG, Eric; GLEIT, Alan. Quantitative methods in credit management: a survey. *Operations Research* 42/589. p. 590.

53. KHASHMAN, Adnan. Op. cit., p. 6233.

54. SANTOS, José Odálio dos. Op. cit., p. 173.

55. SANTOS, José Odálio dos; FAMÁ, Rubens. Avaliação da aplicabilidade de um modelo de *credit scoring* com variáveis sistêmicas e não-sistêmicas em carteiras de crédito bancário rotativo de pessoas físicas. *Revista de Contabilidade & Finanças* 28/105, p. 108.

56. SANTOS, José Odálio dos; FAMÁ, Rubens. Op. cit., p. 108.

57. HILL, Claire A. Regulating the rating agencies. *Washington University Law Quarterly* 82/43, p. 46-47.

58. Idem, p. 49.

59. GESTEL, Tony Van; BAESENS, Bart. Op. cit., p. 115.

de serem avaliadas operações financeiras de maior complexidade (às quais o *rating* é mais do que indispensável),[60] o objetivo principal do *rating* é avaliar o emissor dos documentos.[61] Outro detalhe digno de nota diz respeito à fonte de receita dessas companhias, antes sustentadas pelos assinantes que buscavam aferir a oportunidade de investimento, mas que, com o passar do tempo e o desenvolvimento de tecnologias de fotocópia mais baratas, acabaram migrando para um modelo no qual a maior parte de suas receitas advém das sociedades empresárias que buscam ter seus papéis avaliados.[62]

Em qualquer das três grandes agências, a qualidade do crédito de longo prazo é avaliada ordinalmente, por meio de uma sequência de letras acompanhadas de sinais ou números, todas tendo como o *rating* AAA como topo de qualidade da escala. No caso da Moody's, são usados os seguintes códigos: AAA, AA1, AA2, AA3, A1, A2, A3, BAA1, BAA2, BAA3, BA1, BA2, BA3, B1, B2, B3, CAA1, CAA2, CAA3, CA, C.[63] Quanto à Standard & Poor, AAA, AA+, AA, AA-, A+, A, A-, BBB+, BBB, BBB-, BB+, BB, BB-, B+, B, B-, CCC+, CCC, CCC-, CC, C, R, SD, D.[64] No caso da Fitch, adotam-se os seguintes identificadores: AAA, AA+, AA, AA-, A+, A, A-, BBB+, BBB, BBB-, BB+, BB, BB-, B+, B, B-, CCC+, CCC, CCC-, CC, C, RD, D.[65] Em todos os casos, é considerado como *investment grade* aquele título que esteja nas categorias BAA3 (*Moody's*) ou BBB- (*S&P e Fitch*) ou superior, sendo que abaixo dessas notas, o instrumento financeiro encontra-se na categoria de *speculative grade*.[66]

Apesar do *rating* auferido por agências (externo) ter como principal foco os investidores, esse é uma forma de avaliação de risco de crédito,[67] no que sua utilização por uma instituição financeira que avalia a concessão de crédito a uma

60. HILL, Claire A. Op. cit., p. 49.

61. GESTEL, Tony Van; BAESENS, Bart. Op. cit., p. 115.

62. HILL, Claire A. Op. cit., p. 50.

63. Rating Symbols and Definitions. Disponível em: [www.moodys.com/researchdocumentcontentpage.aspx?docid=PBC_79004]. Acesso em: 11.02.2011.

64. Understanding Standard & Poor's Rating Definitions. Disponível em: [www2.standardandpoors.com/spf/pdf/fixedincome/Understanding_Rating_Definitions.pdf]. Acesso em: 11.02.2011.

65. Definitions of Ratings and Other Forms of Opinion. Disponível em: [www.fitchratings.com/web_content/ratings/fitch_ratings_definitions_and_scales.pdf]. Acesso em: 11.02.2011.

66. HILL, Claire A. Op. cit., p. 48.

67. SILVA, José Pereira da. Op. cit., p. 62.

sociedade empresária previamente avaliada aparenta ser algo evidente. Todavia, obviamente, nem todos aqueles que buscam o crédito das instituições financeiras possuem um *rating*, ou seria economicamente viável arcar com os elevados custos de fazê-lo externamente.[68] Ademais, segundo Treacy e Carey, além da possibilidade de circularidade, estudos já demonstraram as diferenças presentes na avaliação de títulos e empréstimos/financiamentos, de maneira que, mesmo quando existentes os *ratings* de companhias que buscam crédito, as instituições financeiras, embora, geralmente, os empreguem como primeiro passo, não ficam limitados a esses.[69]

Dessa forma, a partir dos anos 90, iniciou-se a adoção de modelos internos de *rating* por parte das instituições financeiras,[70] recebendo novo impulso por conta das regras do Acordo de Basileia II.[71] Contudo, apesar de guardarem similitude quanto sua lógica, os *ratings* produzidos internamente diferem em muito daqueles produzidos por uma agência. A primeira distinção reside em que os *ratings* produzidos por agências são públicos e custeados, principalmente, por meio de taxas do emissor do instrumento financeiro, destinando-se a avaliação a ser empregada de várias formas, a demandar uma estabilidade e consistência na atribuição dessas notas. Por outro lado, os *ratings* internos produzidos pelas instituições financeiras são privados e para uso interno, exclusivamente, sendo custeados com a receita advinda da receita da concessão de crédito. Isso possibilita o desenvolvimento de uma estrutura de *rating* própria para atender às necessidades específicas de cada instituição, havendo enorme variabilidade, inclusive, no que diz respeito à "tipicidade" das definições de cada categoria de risco.[72]

Em comparação entre os *credit ratings* internos e os *credit scores*, em que pese tenha esmaecido a diferença entre ambas as figuras, porquanto possuam como foco a avaliação de risco de crédito e já tenha havido o emprego de modelos estatísticos na definição do *rating*, assim como de notas (*grades*) para clientes avaliados por *credit scoring*,[73] na esteira de Treacy e Carey, os contornos dessa são distintos, uma vez que no caso dos *ratings* a solução final se dá por um julgamen-

68. GESTEL, Tony Van; BAESENS, Bart. Op. cit., p. 93. Igualmente: TREACY, William F.; CAREY Mark. Op. cit., p. 185.

69. Idem. p. 189. A experiência e conclusões dos autores foram resultado de uma pesquisa conduzida perante as cinquenta maiores instituições financeiras americanas.

70. GRUNERT, Jens; NORDEN, Lars; WEBER, Martin. The role of non-financial factors in internal credit ratings. *Journal of Banking & Finance* 29/509.

71. GESTEL, Tony Van; BAESENS, Bart. Op. cit., p. 117.

72. TREACY, William F.; CAREY Mark. Op. cit., p. 189.

73. GESTEL, Tony Van; BAESENS, Bart. Op. cit., p. 117.

to humano concreto.[74] Além disso, pelo custo mais elevado que implica o componente humano, a metodologia de *rating* é reservada para concessões de crédito de maior monta, geralmente empresarial, enquanto que para o crédito às pessoas físicas faz-se uso mais frequente de mecanismos automáticos de *credit score*.[75]

No Brasil, por meio da Res. CMN 2.682/1999 (*DOU*, Seção 1, em 23.12.1999. p. 19-20), foi instituído um sistema de provisionamento de operações de crédito a que estão submetidas todas as instituições dependentes de autorização do Banco Central, cujos vetores de classificação são os delineados no seu art. 2.º:

"Art. 2.º A classificação da operação no nível de risco correspondente é de responsabilidade da instituição detentora do crédito e deve ser efetuada com base em critérios consistentes e verificáveis, amparada por informações internas e externas, contemplando, pelo menos, os seguintes aspectos:

I – em relação ao devedor e seus garantidores:

a) situação econômico-financeira;

b) grau de endividamento;

c) capacidade de geração de resultados;

d) fluxo de caixa;

e) administração e qualidade de controles;

f) pontualidade e atrasos nos pagamentos;

g) contingências;

h) setor de atividade econômica;

i) limite de crédito;

II – em relação à operação:

a) natureza e finalidade da transação;

b) características das garantias, particularmente quanto à suficiência e liquidez;

c) valor.

Parágrafo único. A classificação das operações de crédito de titularidade de pessoas físicas deve levar em conta, também, as situações de renda e de patrimônio bem como outras informações cadastrais do devedor."

---

74. TREACY, William F.; CAREY Mark. Op. cit., p. 168. Em sentido semelhante, referendo que a sobreposição dos critérios matemáticos, normalmente, é regrada e deve ser justificada por escrito: GESTEL, Tony Van; BAESENS, Bart. Op. cit., p. 118.

75. TREACY, William F.; CAREY Mark. Op. cit., p. 169.

As escalas definidas para a classificação de risco pela aludida resolução e seus respectivos provisionamentos são os seguintes (cf. arts. 1.º c/c 6.º da Res. CMN 2.682/1999, *DOU*, Seção 1, em 23.12.1999. p. 19-20): AA, 0%; A, 0,5%; B, 1%; C, 3%; D, 10%; E, 30%; F, 50%; G, 70%; H, 100%. Importante ressaltar-se que a mesma normativa impõe a revisão mensal dos *ratings* das operações de acordo com o prazo de atraso, nos termos do art. 4.º dessa norma.

3.3 Diversificação

Conforme Altman e Saunders, além de efetuarem a mensuração do risco de crédito sob o ponto de vista individual, as instituições financeiras reconheceram a necessidade de avaliar o risco de concentração de crédito em suas carteiras (*portfolios*).[76] Em semelhante sentido, refere Silva que "O risco de uma carteira de crédito é diferente dos riscos de suas operações individuais (...)".[77] Por sua vez, Santos refere que a diversificação das carteiras de crédito é uma forma de combater a existência de assimetria de informações entre as instituições financeiras e seus clientes, objetivando reduzir eventuais perdas.[78]

Uma das principais abordagens de diversificação de portfólio de empréstimos/financiamentos é aquela desenvolvida na esteira da *Modern Portfolio Theory*, esta inaugurada[79] por Markowitz,[80] operacionalizada segundo modelos como o CreditMetrics e o KMV,[81] que, conforme Gestel e Baesens, "(...) provide quantified information on the diversification effects in a portfolio and allow calculation of the resulting probabilities of high losses".[82] Contudo, alguns

76. ALTMAN, Edward I.; SAUNDERS, Anthony. Op. cit., n. 11-12. p. 1721-1742, 1997 e p. 1727.

77. SILVA, José Pereira. Op. cit., p. 61.

78. SANTOS, José Odálio dos. Op. cit., p. 204.

79. ELTON, Edwin J.; GRUBER, Martin J. Modern portfolio theory, 1950 to date. *Journal of Banking and Finance* 21/1743-1759, p. 1744.

80. MARKOWITZ, Harry. Portfolio selection. *The Journal of Finance* 7/77.

81. PARIS, Francesco M. Selecting an optimal portfolio of consumer loans by applying the state preference approach. *European Journal of Operational Research* 163/230-241, p. 231. Outros modelos importantes e de ampla aceitação são os seguintes: PRT, CPV Macro, CreditRisk+, quanto a esses ver: GESTEL, Tony Van; BAESENS, Bart. Op. cit., p. 306-311.

82. Trad. livre: "(...) fornecem informação quantificada sobre os efeitos da diversificação em uma carteira e permitem o cálculo da probabilidades de grandes perdas resultantes". Ver: GESTEL, Tony Van; BAESENS, Bart. Op. cit., p. 273.

autores como Paris, apontam limitações à aplicação da MPT aos portfólios de empréstimos/financiamentos.[83] Além disso, contemporaneamente, os benefícios da diversificação ao setor bancário passaram a ser alvos de crítica por parte de autores como Acharya, Hasan e Saunders, os quais conduziram uma pesquisa empírica com 105 bancos italianos entre 1993-1999, apontando que a diversificação é capaz de produzir efeitos negativos para a qualidade do crédito da carteira, bem como para os ganhos da instituição, principalmente quando os bancos diversificam-se para mercados nos quais não possuem experiência ou em que enfrentam grande competição.[84]

De qualquer maneira, a diversificação das carteiras é comando ditado expressamente pelo item IX da Res. CMN 1.559/1988, com a redação dada pela Res. CMN 3.258/2005, ao referir que: "É vedado às instituições financeiras: (a) realizar operações que não atendam aos princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos (...)".

3.4 Decisão de crédito

Referem Chiang e Cheng que as decisões das instituições acerca da concessão de crédito podem ser entendidas enquanto avaliações de risco e retorno, devendo o primeiro ser proporcional ao último para que um financiamento/empréstimo seja concedido.[85] Semelhante conclusão possuem Steiner et al: "A relação risco/retorno está implícita na concessão de crédito."[86] Além disso, Silva alerta outros aspectos que devem ser analisados na decisão de créditos pelos bancos comerciais tais quais nível de risco, prazo da operação, taxas de juros e garantias.[87] Não muito distante encontram-se Srinivasan e Kim, que acrescem como importante tarefa da decisão de crédito determinar o montante a ser disponibilizado:

"*The Credit Granting* process involves a trade off between the perceived default risk of the credit applicant and potential returns from granting

83. PARIS, Francesco M. Op. cit., p. 231-233.

84. ACHARYA, Viral V.; HASAN, Iftekhar; SAUNDERS, Anthony. Should banks be diversified? Evidence from individual bank loan portfolios. *Journal of Business* 79/1355-1412.

85. CHIANG, Yat Hung; CHENG, Eddie W.L. Revealing bank lending decisions for contractors in Hong Kong. *International Journal of Project Management*, Amsterdam, 2010. Disponível em: [www.sciencedirect.com]. Acesso em: 22.11.2010.

86. STEINER, Maria Teresinha Arns et al. Op. cit., p. 56.

87. SILVA, José Pereira. Op. cit., p. 380.

requested credit. The main objective in credit granting is to determine the optimal amount of credit to grant."[88]

Ainda próximo à questão, refere Silva a importância dos limites de crédito, os quais objetivam imprimir maior velocidade e competitividade às decisões de crédito, de forma que uma alçada, geralmente, superior da instituição atribui *ex ante* um limite de valores a serem disponibilizados, por um prazo determinado (o autor cita como regra geral um ano) a determinado cliente ou conglomerado de sociedades empresárias sem que, para tal, seja realizada uma análise de crédito específica para cada concessão. Esclarece, ainda, Silva que contemporaneamente tem-se diferenciado entre o limite cadastral, destinado a valores menores para os quais é conferido maior poder de decisão ao gerente e realiza-se por critérios próximos aos automáticos, do limite de crédito propriamente dito, característico de montantes mais elevados e a demandar maior cuidado na sua operacionalização. Por fim, esclarece o estudioso que os critérios levados em conta são a necessidade do cliente, no qual a destinação do recurso cumpre importante papel, o risco de crédito representado pelo cliente, abordado acima, e própria política de crédito da instituição.[89]

3.5 Política de crédito: publicidade vs. confidencialidade

Apesar da política de crédito de uma instituição financeira não poder ser importada simplesmente de uma instituição para outra, por conta das condicionantes de mercado e estratégia que está circunscrita,[90] é inegável, nos termos do que referem Hand e Henley, técnicas superiores na gestão de risco de crédito significam vantagens em termos de competitividade, a justificar sua confidencialidade.[91]

---

88. Trad. Livre: "O processo de concessão de crédito envolve uma compensação entre o risco percebido de inadimplemento daquele que busca o crédito e os potenciais retornos de conceder o crédito requerido. O principal objetivo no que tange à concessão do crédito está em determinar a quantidade ideal de crédito a conceder". SRINIVASAN, Venkat; KIM, Yong H. Credit granting: a comparative analysis of classification procedures. *The Journal of Finance* 42/665-681, p. 665.

89. SILVA, José Pereira. Op. cit., p. 386-389.

90. Idem. p. 96.

91. HAND, D. J.; HENLEY, W. E. Statistical classification methods in consumer credit scoring: a review. *Journal of the Royal Statistical Society. Series A (statistics in society)* 160/523-541, p. 526.

Nesse tom, conforme o art. 4.º, § 2.º, da Res. CMN 3.721/2009[92] (*DOU*, Seção 1, em 04.05.2009. p. 47-48), ser dever às instituições financeiras apresentarem ao Bacen suas políticas e estratégias de gestão de risco de crédito sempre que assim demandadas pela autarquia. Contudo, no que tange ao conhecimento do público em geral, o art. 7.º dessa mesma resolução prevê, tão somente, que as instituições deverão, no mínimo, anualmente, disponibilizar relatório descrevendo sua estrutura de gestão de risco de crédito:

"Art. 7.º A descrição da estrutura de gerenciamento do risco de crédito deve ser evidenciada em relatório de acesso público, com periodicidade mínima anual.

§ 1.º O conselho de administração ou, na sua inexistência, a diretoria da instituição deve fazer constar do relatório mencionado no *caput* sua responsabilidade pelas informações divulgadas.

§ 2.º As instituições mencionadas no art. 1.º devem publicar, em conjunto com as demonstrações contábeis, resumo da descrição de sua estrutura de gerenciamento do risco de crédito, indicando a localização do relatório citado no *caput*."

Veja-se, contudo, que o aludido relatório não exige que as instituições que regula forneçam ampla descrição dos critérios adotados na análise de risco de crédito ou das alçadas específicas de crédito, mas que relate, sob responsabilidade dos seus diretores, o esqueleto básico pelo qual essa gestiona o risco de crédito a que está exposta.

4. OBJETIVIDADE JURÍDICA DO DELITO DE FRAUDE EM FINANCIAMENTO

Buscamos demonstrar ao longo do item anterior que o ato da concessão de crédito é ditado não simplesmente pelo retorno fixado através dos juros de determinada operação, mas, igualmente e pelo risco que essa operação apresenta em si mesma e, principalmente, para a carteira da instituição financeira, no que a garantia oferecida e sua qualidade cumprem importante papel. Além disso, a necessidade de provisionamento previsto para determinadas operações, tendo em vista sua qualidade, é outra preocupação importante a ser observada, nos termos da Res. CMN 2.682/1999 (*DOU*, Seção 1, em 23.12.1999, p. 19-20).

92. "§ 2.º A documentação relativa à implementação da estrutura de gerenciamento de risco de crédito e às políticas e estratégias adotadas deve ser mantida na instituição à disposição do Banco Central do Brasil."

Ou seja, em muitos casos, não é interessante à instituição conceder determinado crédito a uma contraparte, independentemente da taxa de juros fixada, simplesmente por conta do risco que essa representa à carteira. Todas essas complexidades não podem ser apreendidas por compreensões do bem jurídico do crime em comento enquanto um crime patrimonial clássico ou mesmo por meio do generalíssimo conceito de "interesses patrimoniais", porquanto esses só criminalizariam condutas que atentasse contra o retorno e não contra o risco *ex ante* da operação de crédito.

Dessa forma, nos parece que somente o conceito de *gestão de risco de crédito*, aqui entendido enquanto todos os mecanismos, rotinas e políticas pelas quais a instituição administra o risco de crédito de suas operações financeiras, ideia ínsita ao ato da concessão de crédito, reconhecido pela literatura econômica e pela regulação vigente do setor, é capaz de representar a objetividade jurídica do delito em comento, tendo em vista que não se limita à proteção do retorno da operação, mas à devida análise do risco dessa individualmente e para a carteira da instituição.

Contudo, mesmo definido o bem jurídico, resta necessário caracterizar qual seria sua forma de afetação, trabalhando nós, no presente caso, com três hipóteses, quais sejam, dano, perigo concreto e perigo abstrato. Nesse particular, ainda que o conceito de gestão de risco de crédito tenha o condão de retratar fidedignamente a lógica da concessão de crédito, entender o presente crime enquanto um delito de dano ou perigo concreto implicaria uma necessidade probatória quanto ao prejuízo a essa gestão.[93]

Ou seja, assim entender o crime do art. 19 da Lei 7.492/1986 representaria a necessidade da instituição financeira apresentar em juízo os documentos de sua política de crédito, detalhando os modelos matemáticos usados, sua estratégia de diversificação etc., documentação que seria acessível, sob pena de violação do contraditório, ao Réu, seu defensor e assistente técnico, e sobre a qual seria realizada uma perícia para determinar a dimensão do prejuízo ou perigo concreto à gestão de risco de crédito, seja sob a forma de diminuição do retorno devido da operação caso a fraude não tivesse sido praticada, seja sob a forma de aumento do risco da operação a repercutir na rejeição da proposta de crédito pela instituição perante a situação fraudada.

93. Esse fora o exato ponto no qual havíamos interrompido a argumentação na item 2 deste estudo e as objeções abaixo aplicar-se-ão igualmente à corrente que entende o crime em comento como um crime de dano ao patrimônio.

Ocorre que, conforme anteriormente apontado, a gestão de risco de crédito, materializada na política de crédito da instituição possui confidencialidade por conta da vantagem competitiva que representa para a instituição em face de suas concorrentes. Evidentemente que tal confidencialidade, manifestação dos direitos à privacidade (art. 5.°, X, da CF) e livre iniciativa (arts. 1.°, IV, e 170 da CF), encontra limite na fiscalização das instituições financeiras pelas autoridades públicas,[94] que é uma condicionante da própria livre iniciativa em um setor tão sensível quanto o sistema financeiro. Veja-se que, contudo, os funcionários do Banco Central do Brasil, Polícia Federal, Delegados do Trabalho, Juízes Federais ou Trabalhistas e Membros do Ministério Público da União a avaliarem essas informações gozam de prerrogativas específicas e um regramento jurídico próprio para assegurar seu sigilo. Assim, nenhuma instituição financeira poderia opor a confidencialidade de sua política de crédito em face de uma persecução por delitos de gestão fraudulenta *verbi gratia*.

Situação completamente diversa seria a do presente caso, no qual o agente delituoso é externo à instituição financeira e, nem esse nem seu defensor ou assistente técnico possuem constrições efetivas contra o vazamento das informações, estratégias, modelos matemáticos e bases de dados de custo de desenvolvimento elevadíssimo que lhe seriam disponibilizadas. Receberia o réu, durante o processo, em mãos algo de valor incomensuravelmente mais elevado do que o eventual benefício que obteve por sua fraude, enquanto a instituição financeira, já lesada pelas fraudes, seria obrigada a revelar, em cada um dos muitos feitos criminais em trâmite pelo delito em comento, sua política de crédito, sem qualquer garantia efetiva de que não haveria vazamento dessas informações.

Em que pese não idêntico o exemplo, tal ótica seria muito semelhante ao ofertar ao suspeito de tentativa de furto de um cofre de mídias de software o próprio código fonte do programa! Não se vislumbra qualquer sentido em uma linha de pensamento tal qual essa, aliás, tamanho o cuidado do ordenamento jurídico com questões desse tipo, que o próprio Código Civil, art. 1.190 e, antes dele, a Súmula 260 do STF, proíbem a exibição integral da contabilidade a membros externos das sociedades empresárias, limitando-se aos lançamentos havidos entre as partes, em que pese sua totalidade fosse analisável pelas autoridades fazendárias (art. 1.193 do CC/2002), bem como nas hipóteses dos

94. Como apontado antes, é expresso o art. 4.°, § 2.°, da Res. CMN 3.721/2009 (*DOU*, Seção 1, em 04.05.2009. p. 47-48) ao determinar a disponibilidade dessas políticas à análise do Bacen.

arts. 381 e 382 do CPC. No presente caso, mais grave do que a apresentação da contabilidade, da qual várias informações podem ser extraídas, estar-se-ia apresentando as informações elas mesmas!

Dessa forma, não nos parece existir outra possibilidade que não entender o delito do art. 19 da Lei 7.492/1986 enquanto um crime de perigo abstrato que tem como sua objetividade jurídica a gestão de risco de crédito da instituição financeira. Frise-se, desde já, que não se adota a superada compreensão da tutela dos crimes de perigo abstrato enquanto presunção *iure et iure* de perigo, flagrantemente inconstitucional, mas algo próximo à linha desenvolvida por D'Avila para quem a *ofensividade* nos crimes de perigo abstrato consiste na "interferência na esfera de manifestação do bem jurídico".[95]

Disso decorre que, somente se viabilizará a punição por crime de perigo abstrato quando houver possibilidade não insignificante de perturbação da objetividade jurídica tutelada.[96] Ou seja, apesar de não se exigir a prova efetiva do dano ou do perigo ao bem jurídico tutelado, admitir-se-á a exclusão da tipicidade caso reste demonstrado *ex ante* que a conduta não representou qualquer perigo ao bem jurídico tutelado, como a seguir detalhado.

4.1 Hipóteses da exclusão da tipicidade por ausência de ofensa ao bem jurídico

Como observado anteriormente, a classificação de um delito enquanto crime de perigo abstrato não significa que em todos os casos nos quais os elementos gramaticalmente expressos do crime sejam preenchidos verificar-se a ofensa à objetividade jurídica, de maneira que, no presente item, buscar-se-á apontar hipóteses nas quais, apesar de existente a fraude e a obtenção de um financiamento, afigurar-se-á atípica a conduta perante do delito da Lei 7.492/1986.

A primeira dessas nos parece ser o caso quando as informações fraudadas são aquelas obteníveis perante consultas obrigatórias a bancos de dados como serviços de proteção ao crédito ou ao Sistema de Informações de Crédito do

95. D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 160-161 e 163. Para uma análise detida e crítica de diversas teorias acerca da fundamentação dos crimes de perigo abstrato: idem, p. 112-158; MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001. p. 89-338.

96. D'AVILA, Fabio Roberto. Op. cit., p. 160-174.

Banco Central do Brasil quando autorizados pelo cliente.[97] Nesses casos, por evidente ausência de prejuízo à análise de risco de crédito, tendo em vista que é um procedimento básico a observação desses serviços, de maneira que a omissão de uma falência que conste em um desses serviços ou de um outro financiamento constante na central de crédito, não se afigurará ofensivo, ainda que *ex ante*, à gestão de risco de crédito, mais especificamente, à análise de risco do crédito.

Outra hipótese de atipicidade quanto ao crime em questão seria aquela referente à fraude em informações as quais a ordenamento jurídico proíbe sua exigência, tal qual a etnia de determinada pessoa ou qualquer outra vedação constante na Constituição ou em diplomas tais quais os Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso etc. Isso porque o uso dessas informações para tais fins é vedada, sendo que a fraude quanto a essas não ofende a gestão de risco de crédito, visto que, como apontado (item 3), essa é condicionada pela regulamentação legal.

Mais uma forma de exclusão da tipicidade seria o emprego de partes da política de gestão de crédito tornadas voluntariamente pública, tal qual ocorre com algumas cooperativas de crédito ou por meio do conteúdo do relatório de gestão de risco de crédito previsto na Res. CMN 3.721/2009 (*DOU*, Seção 1, em 04.05.2009, p. 47-48). Nessas hipóteses, caso seja possível demonstrar a ausência de ofensa à gestão de risco de crédito, configurar-se-á atipicidade.

Deverá, igualmente, ser excluída a tipicidade do delito por ausência de ofensa ao bem jurídico quando a fraude se afigurar, para além de qualquer dúvida, inofensiva. Tais casos serão mais reduzidos do que *a prima facie* aparentariam, uma vez que o *Caráter* é um dos *Cs do Crédito* avaliados e a simples condição de fraudador, ainda mais da própria instituição para a qual se requer crédito, é um importante fator de rejeição do crédito pretendido. Não obstante, no caso de inconsistência de ínfima representatividade financeira, como o lançamento no imposto de renda de despesas médicas superestimadas em poucos reais, estar-se-ia, inequivocamente, perante um caso de ofensa insignificante da *gestão de risco de crédito*, a não justificar a tipicidade do crime em comento.

Por fim, caso o financiamento seja rejeitado sem que a instituição proceda a nenhum tipo de *notitia criminis*, deve-se presumir que a fraude foi incapaz de ofender a devida análise de crédito, pelo que atípica a situação. Exigir-se prova

97. O Sistema de Informações de Crédito do Banco Central do Brasil encontra-se regrado, principalmente pela Res. CMN 3.658/2008 (*DOU*, n. 247, Seção 1, em 19.12.2008. p. 48-49).

inequívoca da inofensividade repercutiria em trazer aos autos parte da política de crédito da instituição financeira e em todos os paradoxos acima referidos, pelo que não se afigura adequado assim proceder. Refira-se não se está a excluir completamente a possibilidade de crime tentado, que continua passível nas hipóteses de rejeição do crédito pela fraude descoberta anteriormente à concessão do financiamento, conforme exposto abaixo (item 5.2).

É importante frisar que, em todas as hipóteses acima, é possível que o agente que efetuou a fraude seja responsabilizado por outro delito tais quais as falsidades ideológica ou documental, restando a presente análise limitada ao delito do art. 19 da Lei 7.492/1986.

4.2 Exemplo de tipicidade: fraude contábil ou fraude na declaração de IR da pessoa física

De outra parte, partindo-se da base teórica aqui desenvolvida, uma das consequências mais imediatas seria referente a fraudes contábeis de pessoas jurídicas/empresários individuais ou nas declarações de renda das pessoas jurídicas. Como observado acima, na análise dos *Cs do Crédito* (item 3.2.1), tanto na análise do *Capital* quanto da *Capacidade*, os documentos contábeis e de imposto de renda representam a principal fonte de informação, de forma que a inexatidão nessas representa prejuízo direto à análise de risco de crédito, componente principal da gestão de risco de crédito.

Assim, mesmo que a falsidade tenha sido praticada com o objetivo de fraudar o fisco ou outra contraparte, caso tais documentos sejam apresentados posteriormente a uma instituição financeira para a obtenção de um financiamento, a ofensa à objetividade jurídica tutelada ao crime em comento estará presente. Diga-se que mesmo que, por exemplo, a sonegação venha a não repercutir em persecução penal por conta da falta de lançamento fiscal ou pela parcelamento/pagamento do tributo fraudado, a extinção da punibilidade não repercutirá na tipicidade do crime do art. 19 da Lei 7.492/1986 por conta da diversidade de objetividades jurídicas.

5. Demais observações típicas do delito de fraude em financiamento

Apesar de nossa posição não possuir repercussão direta em outros elementos típicos, cremos oportuno efetuar alguns apontamentos quanto a outras problemáticas ínsitas ao tipo em comento, quais sejam, a classificação quanto ao resultado material, a tentativa e, tendo em conta uma decisão recente do STJ, o significado da elementar "financiamento".

5.1 Classificação quanto ao resultado material

Seguindo a orientação descrita de Dias de que existe plena autonomia dogmática entre a classificação do crime quanto ao estado do bem jurídico e entre a classificação quanto ao objeto da ação,[98] nada impede que a um crime tenha como forma de ofensa o perigo abstrato e, ao mesmo tempo, exija um resultado *material* distinto da ação, tal qual ocorre com o presente delito, visto que é inequívoco que o ato de obtenção do financiamento não se confunde com a fraude praticada para sua obtenção.

No que se refere ao nexo causal propriamente dito, o crime em questão determina, tão somente, que o financiamento tenha sido obtido por meio de fraude, pelo que se faz necessário apenas um juízo binário, ao contrário do que ocorria caso considerássemos o crime em comento enquanto um delito de dano, quando seria necessário determinar o *quantum* de vantagem foi obtido, tendo em vista o princípio da insignificância.

Em assim sendo, a exigência pela instituição financeira da documentação, ou a realização de uma diligência, cujo objeto tenha sido fraudado, seguidos da concessão do financiamento configuram-se condições suficientes à tipicidade no que diz respeito ao resultado material do crime em análise.

5.2 Tentativa

Em sendo o delito previsto no tipo em comento um crime de resultado, afigura-se possível a tentativa quando o resultado *material* não se verificar. Como antes observado, quando o financiamento for rejeitado sem qualquer menção à fraude, deve-se presumir que a rejeição se deu por fatores alheios à fraude e essa restou inofensiva à análise de crédito. Todavia, caso a descoberta da fraude tenha ocorrido antes que tenha ocorrido manifestação da instituição quanto à concessão do financiamento, a tentativa será plenamente admissível quanto ao delito em questão.

5.3 Significado da elementar "financiamento"

O vocábulo *financiamento* é empregado na nossa legislação de duas formas principais: uma acepção ampla a significar simplesmente *custeio*, tal qual utilizado na LC 70/1991 ao instituir a Contribuição Social para *Financiamento*

98. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. t. I, p. 294-295.

da Seguridade Social (cujo acrônimo é Cofins) e outra estrita a denominar um contrato bancário. Desse último caso, são exemplos o art. 1.º do Dec.-lei 167/1967 alude que: "O *financiamento* rural concedido pelos órgãos integrantes do sistema nacional de crédito rural e pessoa física ou jurídica poderá efetivar-se por meio das cédulas de crédito rural previstas neste Decreto-lei" (grifamos); o art. 1.º, *caput*, do Dec.-lei 413/1969 refere que "O *financiamento* concedido por instituições financeiras à pessoa física ou jurídica que se dedique à atividade industrial poderá efetuar-se por meio da cédula de crédito industrial prevista neste Decreto-lei" (grifamos) etc.

Em que pese, não haja disciplina expressa para este contrato no novo Código Civil e a legislação não chegue a defini-lo de maneira explícita, tanto o decreto que regula o Financiamento e a Cédula de Crédito Rurais, quanto aquele que diz respeito ao Financiamento e a Cédula de Crédito Industriais, não deixam dúvidas que se trata de uma modalidade de mútuo bancário na qual a aplicação dos valores em determinado objeto é obrigatória. Exemplo evidente disso é o art. 2.º, *caput*, de ambos os diplomas que regra que: "O emitente da cédula fica obrigado *a aplicar o financiamento* nos fins ajustados, devendo comprovar essa aplicação no prazo e na forma exigidos pela instituição financiadora" (grifamos).

Ainda mais digna de nota é a Lei 6.840/1980, instituidora do Empréstimo, Financiamento e Cédula de Crédito Comerciais, que, diferentemente dos decretos-lei acima referidos, não obriga a destinação dos valores recebidos em fim específico, denominando tal crédito, simplesmente, de *empréstimo,* facultando-se a vinculação do capital mediante orçamento, hipótese na qual a lei em comento faz menção expressa ao termo "financiado". Vejamos:

"Art. 1.º As operações de *empréstimo* concedidas por instituições financeiras à pessoa física ou jurídica que se dedique a atividade comercial ou de prestação de serviços poderão ser representadas por Cédula de Crédito Comercial e por nota de Crédito Comercial.

Art. 2.º *A aplicação de crédito decorrente* da operação de que trata o artigo anterior *poderá* ser ajustada em orçamento assinado pelo *financiado* e autenticado pela instituição financeira, dele devendo constar expressamente qualquer alteração que convencionarem.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, far-se-á, na cédula, menção do orçamento, que a ela ficará vinculado" (grifamos).

Não por outro motivo, Rizzardo classifica o financiamento enquanto uma espécie de empréstimo (mais especificamente mútuo) bancário no qual é "(...) concedido o valor para atender certo empreendimento, mediante garantia do

próprio bem a ser construído ou adquirido (...)".[99] Em semelhante sentido, Coelho assevera que se define "(...) financiamento como sendo o mútuo bancário em que o mutuário tem a obrigação de conferir ao dinheiro emprestado uma determinada finalidade".[100] Ainda, Bittar, buscando fornecer um conceito que abranja o mútuo e as outras especificidades do contrato de financiamento, classifica-o como contrato complexo, porém sem esquecer a importância da finalidade dos valores aplicados e da aplicação da legislação relativa ao mútuo bancário.[101]

Além disso, na esteira da abordagem de Fornazari Jr., merecem atenção as definições previstas no Cosif (acrônimo de Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional), instituído pela Circ. CMN 1.273/1987, em 29.12.1987, porquanto se constituem em exercício do poder regulatório do Sistema Financeiro Nacional.[102] Tal qual qualquer outro plano de contas,[103] o Cosif dentre outros objetivos[104] agrupa e disciplina a padronização dos lançamentos contábeis das instituições financeiras, distinguindo, no item 1.6.1.2, as operações de crédito em três modalidades, da seguinte forma conceituadas:

"2 – As operações de crédito distribuem-se segundo as seguintes modalidades: (Circ. 1.273/1987)

a) empréstimos – são as operações realizadas sem destinação específica ou vínculo à comprovação da aplicação dos recursos. São exemplos os empréstimos

99. RIZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1438.

100. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito da empresa*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 3, p. 135.

101. BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. 5. ed. rev. e atual. Por Carlos Alberto Bittar Filho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 146-150.

102. FORNAZARI JUNIOR, Milton. Da distinção do financiamento das demais operações de crédito para fins da configuração do crime previsto no artigo 19 da Lei n. 7.492/86. Disponível em: [www.sindpf-nordeste.com.br/artigos.asp?cod=227]. Acesso em: 12.03.2011.

103. Um plano de contas para o FERREIRA "(...) consiste numa relação padronizada de contas a serem utilizadas no registro das operações pelos profissionais da área da contabilidade" (FERREIRA, Ricado J. *Contabilidade básica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2010. p. 53).

104. Ressaltam que Niyama e Gomes que: "O objetivo do Cosif é o de uniformizar os registros, racionalizar a utilização das contas, estabelecer regras, critérios e procedimentos necessários a obtenção e divulgação de dados, possibilitar o acompanhamento do sistema financeiro, bem como a análise, a avaliação do desempenho e o controle pelo Banco Central (...)" (NIYAMA, Jorge Katsumi; GOMES, Amaro L. Oliveira. *Contabilidade de instituições financeiras*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 21)

mos para capital de giro, os empréstimos pessoais e os adiantamentos a depositantes;

b) títulos descontados – são as operações de desconto de títulos;

c) *financiamentos – são as operações realizadas com destinação específica, vinculadas à comprovação da aplicação dos recursos.* São exemplos os financiamentos de parques industriais, máquinas e equipamentos, bens de consumo durável, rurais e imobiliários" (grifamos).

Assim, definidas amplamente o significado de ambas as acepções que o termo "financiamento" possui em nossa legislação, cabe definir qual desses deve ser adotado para fins de preencher a normatividade da elementar prevista no delito da Lei 7.492/1986. A nosso juízo, no que concordamos com a doutrina acerca do tema[105] e com parte da jurisprudência, a única acepção aceitável à elementar típica do delito de fraude em *financiamento* seria aquela estrita, considerando-o enquanto uma modalidade de mútuo. Contudo, em recente julgamento, o Superior Tribunal de Justiça, adotando uma orientação anteriormente defendida por parte do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região veio a incluir no conceito de *financiamento* para fins do art. 19 da Lei 7.492/1986 o *leasing financeiro*,[106] anglicanismo que representa uma das formas da figura jurídica nacional chamada de arrendamento mercantil, regulado originalmente pela Lei 6.099/1974.

O acórdão a efetuar tal interpretação foi o REsp 706.871/RS, da relatoria do Desembargador Convocado Celso Limongi, cuja ementa apresentamos a seguir:

---

105. Por todos: TÓRTIMA, José Carlos. Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da Lei n. 7.492/86. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 124.

106. Definido nos termos do art. 5.º da Res. CMN 2.309/1996 (*DOU*, Seção I, em 29.08.1996. p.16652-16653) da seguinte forma:
"Art. 5.º Considera-se arrendamento mercantil financeiro a modalidade em que:
I – as contraprestações e demais pagamentos previstos no contrato, devidos pela arrendatária, sejam normalmente suficientes para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado durante o prazo contratual da operação e, adicionalmente, obtenha um retorno sobre os recursos investidos;
II – as despesas de manutenção, assistência técnica e serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado sejam de responsabilidade da arrendatária;
III – o preço para o exercício da opção de compra seja livremente pactuado, podendo ser, inclusive, o valor de mercado do bem arrendado."
Sintetiza Mancuso que o arrendamento mercantil financeiro é a forma mais comum dessa modalidade de contrato e caracterizado como aquela "(...) em que se registra decisiva influência do aporte financeiro na operação" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Leasing*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 50).

"Recurso especial. Fraude na obtenção de recursos financeiros em contrato de arrendamento mercantil, na modalidade *leasing* financeiro. fato que se enquadra no tipo penal do art. 19 da Lei 7.492/1986. Ausência de prequestionamento quanto à questão subsidiária suscitada no Recurso Especial: Súmula/STF 282. Recurso especial conhecido, em parte, e nessa parte, não provido.

1. No presente Recurso Especial, os recorrentes alegam, inicialmente, que o contrato de arrendamento mercantil, na modalidade *leasing* financeiro, não se identifica com o contrato de financiamento propriamente dito, e, portanto, ainda que efetivado mediante fraude, não configura o delito previsto no art. 19 da Lei 7.492/1986, o que seria imprescindível para atrair a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito (inc. VI do art. 109 da Constituição da República c/c o art. 26 da Lei 7.492/1986).

2. Não se nega que, realmente, a operação de arrendamento mercantil, na modalidade *leasing* financeiro, constitui um negócio autônomo, com características próprias que o diferenciam do financiamento propriamente: basta ver que, no financiamento, o objeto financiado passa a ser, desde logo, do mutuário, o que não ocorre com o *leasing*.

3. Ocorre que o fato de o *leasing* financeiro não constituir financiamento não afasta, por si só, a configuração do delito previsto no art. 19 da Lei 7.492/1986: embora não seja um financiamento, este constitui o núcleo ou elemento preponderante dessa modalidade de arrendamento mercantil (v.g., RE 547.245, rel. Min. Eros Grau, j. 02.12.2009, *DJe* 04.03.2010).

Logo, ao se fazer um *leasing* financeiro, se obtém, invariavelmente, um financiamento, e o tipo penal em análise – art. 19 da Lei 7.492/1986 – se refere, exatamente, à obtenção de financiamento mediante fraude, sem exigir que isto ocorra num contrato de financiamento propriamente dito. (...)" (REsp 706.871/RS, 6.ª T, j. 22.06.2010, rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJSP), *DJe* 02.08.2010).

Tendo em vista que o voto condutor afirmou expressamente que o *leasing* financeiro não se trata de um *financiamento em sentido estrito* e que o art. 19 da Lei 7.492/1986 não pune a fraude na obtenção de negócio jurídico cujo núcleo seja semelhante ao contrato de *financiamento em sentido estrito*, por respeito ao princípio da taxatividade penal, devemos concluir que o julgado adotou o conceito de *financiamento* em acepção ampla, a denotar a ação de custear, subsidiar financeiramente etc.

A primeira objeção a essa tese seria a de que o *leasing financeiro* pode se limitar ao aluguel do bem, caso a opção de compra não seja acionada, o que somente se saberá ao fim do contrato, todavia, o crime do art. 19 da Lei

7.492/1986 perfectibiliza-se no momento da obtenção do *financiamento*. Ou seja, a tipicidade de determinado *leasing financeiro* enquanto *financiamento em sentido amplo* dependeria de uma escolha futura do arrendatário, que não necessariamente precisa estar definida *ab initio*. Qual seria então o momento consumativo desse crime? Pior ainda, por conta da fraude, caso descoberta, o contrato seria anulado antecipadamente por dolo (arts. 145 e ss. do CC/2002) não se permitindo, muitas vezes, sequer a existência desse elemento.

O segundo problema da tese em comento reside em ampliar excessivamente o âmbito da tutela, a criminalizar até mesmo empréstimos genericamente concedidos, emissões de debêntures, uso do cartão de crédito e assim por diante, haja vista que se acabaria por qualificar como "*financiamento*" um negócio jurídico não por sua natureza jurídica pré-definida, mas pela interpretação que o Poder Judiciário venha a ter de um elemento subjetivo que não necessariamente existe ou mesmo que terá a oportunidade de existir, em completa violação ao princípio da segurança jurídica.

O terceiro problema reside em uma interpretação sistemática com o art. 20 da Lei 7.492/1986, que criminaliza a aplicação irregular de, igualmente, *financiamento*. Por óbvio, esse tipo assume que existe a entrega do valor ao financiado e que esse pode ser aplicado em destinação diversa. Essa lógica é ínsita ao contrato de financiamento estritamente considerado, derivado especificamente do texto dos diplomas que regulam o financiamento rural (art. 2.º do Dec.-lei 167/1967), industrial (art. 2.º do Dec.-lei 413/1969) e comercial (art. 2.º, parágrafo único, da Lei 6.840/1980), não fazendo qualquer sentido aos demais negócios jurídicos nos quais existe um financiamento em sentido amplo. Dessa forma, não se afigura qualquer sentido em uma lei empregar a mesma elementar em dois artigos sequenciais da Lei 7.492/1986 e dotá-los de significados tão distintos sem qualquer distinção aparente, pelo que sistematicamente, a tese adotada pela corte não se afigura igualmente aceitável.

Por fim, o delito em comento não se tratou propriamente de uma completa inovação legislativa da Lei 7.492/1986, mas de um aprofundamento da tutela penal dos delitos previstos nos arts. 21, parágrafo único, do Dec.-lei 167/1967; art. 43 do Dec.-lei 413/1969 e art. 5.º da Lei 6.840/1980 c/c art. 43 do Dec.-lei 413/1969, os quais, adotavam a pena do delito de estelionato (art. 171, *caput*, do CP). Esse aprofundamento justificou-se, principalmente, pela evolução que passou o mercado de crédito nacional, deslocando-se da importância praticamente exclusiva da garantia para uma visão mais ampla da análise de risco de crédito da operação.

Dessa forma, não nos parece que seja aceitável adotar um nebuloso conceito de financiamento para fins do art. 19 da Lei 7.492/1986 quando a legislação,

os regramentos administrativos e a doutrina já definiram suficientemente o contrato de financiamento em sentido estrito, especialmente quando essa adoção cria paradoxos, abre enorme espaço para insegurança jurídica e é contrária à tradição legislativa quanto ao tema e a uma interpretação sistemática da Lei 7.492/1986.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscamos apresentar uma compreensão do delito do art. 19 da Lei 7.492/1986 que superasse uma visão excessivamente patrimonialista desse crime ou as comparações com o estelionato, visando a proporcionar um novo panorama de aplicação, comprometido com a lógica própria do contexto fático normatizado: a *gestão de risco de crédito*. Desse encontro, resultou claro que não é possível outra forma de tutela que não a do perigo abstrato, visto que as implicações probatórias das demais hipóteses conduziriam à tutela penal ser mais prejudicial do que o próprio ilícito cometido.

Superado esse ponto, objetivamos adentrar em temas específicos do delito em comento, que julgamos merecedores de algumas observações, tendo em vista suas consequências práticas. Evidentemente, as dimensões do presente estudo não possibilitaram a abordagem de temas como o microcrédito e o recente cadastro positivo (criado pela Lei 12.414/2011), todavia, procuramos ter contribuído para que tal análise possa ser efetuada com auxílio da base aqui exposta.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHARYA, Viral V.; HASAN, Iftekhar; SAUNDERS, Anthony. Should banks be diversified? Evidence from individual bank loan portfolios. *Journal of Business*. vol. 79. p. 1355. Chicago: University of Chicago, may. 2006.

ALTMAN, Edward I. Commercial bank lending: process, credit scoring, and costs of errors in lending. *The Journal of Financial and Quantitative Analysis*. vol. 15. p. 813-832. Seattle: University of Washington Foster School of Business, 1980.

_____; SAUNDERS, Anthony. Credit risk measurement: Developments over the last 20 years. *Journal of Banking & Finance*. vol. 21. p. 1721. Amsterdam: Elsevier, 1997.

AVERY, Robert B.; BREVOORT, Kenneth P.; CANNER, Glenn B. Credit scoring and its effects on the availability and affordability of credit. *The Journal of Consumer Affairs*. vol. 43. p. 516. Madison: University of Wisconsin Press, fall 2009.

BALTAZZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BAOURAKIS, George et. al. A multicriteria approach for rating the credit risk of financial institutions. *Computational Management Science*. vol. 6. p. 347. Berlim: Springer, 2009.

BASEL ON BANKING SUPERVISION. Principles for the Management of Credit Risk. In:_____. *BCBS compendium of documents. Basic supervisory methods*. Basel: Bank for International Settlements, 2001. vol. I. p. 1. Disponível em: [www.bis.org/publ/bcbsc125.pdf]. Acesso em: 03.04.2012.

BIERMAN JR., Harold; HAUSMAN, Warren H. The credit granting decision. *Management Science*. vol. 16. p. B519-B532. Linthicum: Institute for Operations Research and the Management Sciences. apr. 1970.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Tratado de direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 1.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. 5. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Bittar Filho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CHEN, Yenpao; GUO, Ruey-Ji; HUANG, Rao-Li. Two stages credit evaluation in bank loan appraisal. *Economic Modeling*. vol. 26. p. 63. Amsterdam: Elsevier, 2009.

CHIANG, Yat Hung; CHENG, Eddie W. L. Revealing bank lending decisions for contractors in Hong Kong. *International Journal of Project Management*. Amsterdam, 2010. Disponível em: [www.sciencedirect.com]. Acesso em: 22.11.2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito da empresa*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 3.

COSTA JUNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. t.I.

ELTON, Edwin J.; GRUBER, Martin J. Modern portfolio theory, 1950 to date. *Journal of Banking and Finance*. vol. 21. p. 1743. Amsterdam: Elsevier. dec. 1997.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes de colarinho branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERREIRA, Ricado J. *Contabilidade básica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2010.

FORNAZARI JUNIOR, Milton. Da distinção do financiamento das demais operações de crédito para fins da configuração do crime previsto no artigo 19 da Lei n. 7.492/86. Disponível em: [www.sindpf-nordeste.com.br/artigos.asp?cod=227]. Acesso em: 12.03.2011.

GESTEL, Tony Van; BAESENS, Bart. *Credit risk management: basic concepts: financial risk components, rating analysis, models, economic and regulatory capital*. New York: Oxford, 2009.

GRUNERT, Jens; NORDEN, Lars; WEBER, Martin. The role of non-financial factors in internal credit ratings. *Journal of Banking & Finance*. vol. 29. p. 509. Amsterdam: Elsevier. feb. 2005.

HAND, D. J.; HENLEY, W. E. Statistical classification methods in consumer credit scoring: a review. *Journal of the Royal Statistical Society. Series A (statistics in society)*. vol. 160. p. 523-541. London: Wiley Blackwell, 1997.

HILL, Claire A. Regulating the rating agencies. *Washington University Law Quarterly*. vol. 82. p. 43. St. Louis: Washington University School of Law, 2004.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940)*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. vol. I, t. I.

_____; _____. *Comentários ao Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940): arts. 155 a 196*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1967. vol. VII.

KHASHMAN, Adnan. Neural networks for credit risk evaluation: Investigation of different neural models and learning schemes. *Expert Systems with Applications*. vol. 37. p. 6233. Amsterdam: Elsevier, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Leasing*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à Lei Federal n. 7.492/86*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARKOWITZ, Harry. Portfolio selection. *The Journal of Finance*. vol. 7. p. 77. New York: The American Finance Association, mar. 1952.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001.

NIYAMA, Jorge Katsumi; GOMES, Amaro L. Oliveira. *Contabilidade de instituições financeiras*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PARIS, Francesco M. Selecting an optimal portfolio of consumer loans by applying the state preference approach. *European Journal of Operational Research*. vol. 163. p. 230. Amsterdam: Elsevier, may 2005.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86*. São Paulo: Ed. RT, 1987.

RIZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROSENBERG, Eric; GLEIT, Alan. Quantitative methods in credit management: a survey. *Operations Research*. vol. 42. p. 589. Baltimore: JStor. jul.-aug. 1994.

SANTOS, José Odálio dos. *Análise de crédito: empresas, pessoas físicas, agronegócio e pecuária*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____; FAMÁ, Rubens. Avaliação da aplicabilidade de um modelo de *credit scoring* com variáveis sistêmicas e não-sistêmicas em carteiras de crédito bancário rotativo de pessoas físicas. *Revista de Contabilidade & Finanças*. vol. 28. p. 105. São Paulo: FEA/USP, maio-ago. 2007.

SCHRINCKEL, Wolfgang Kurt. *Análise de crédito: concessão e gerência de empréstimos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SILVA, José Pereira. *Gestão e análise de risco de crédito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SRINIVASAN, Venkat; KIM, Yong H. Credit Granting: A comparative analysis of classification procedures. *The Journal of Finance*. vol. 42. p. 665. New York: The American Finance Association, jul. 1987.

STEINER, Maria Teresinha Arns et al. Sistemas especialistas probabilísticos e redes neurais na análise de crédito bancário. *Revista de Administração*. vol. 34. p. 56. São Paulo: Rausp, jun.-set. 1999.

TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da Lei n. 7.492/86*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TREACY, William F.; CAREY Mark. Credit risk rating systems at large US Banks. *Journal of Banking & Finance*. vol. 24. p. 167. Amsterdam: Elsevier, jan. 2000.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Questões práticas sobre os crimes do colarinho branco, de Diógenes Cervo – *RT* 807/501.

Veja também Jurisprudência

- Admissibilidade da desclassificação para estelionato no crime de obtenção de financiamento em instituição financeira mediante fraude: *RT* 866/752;
- Arrendamento mercantil e a descaracterização de crime contra o Sistema Financeiro Nacional: *RT* 846/533; e
- Julgamento afeto à Justiça Federal no crime de uso de meio fraudulento para obtenção de financiamento perante instituição financeira: *RT* 806/515.

1 Introdução à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

Introduction to the Charter of Fundamental Rights of the European Union

Vital Moreira

Professor da Universidade de Coimbra.

Área do Direito: Constitucional; Internacional

Resumo: A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) é o primeiro *bill of rights* de uma organização supraestatal, tendo como primeiros destinatários as instituições, os órgãos e as agências da União Europeia. Inicialmente aprovada em 2000, como declaração política, a Carta veio a ser incorporada no direito primário (constitucional) da União com o Tratado de Lisboa de 2007, tendo entrado em vigor com este, em 2009. Desde então ela vincula a atividade legislativa e administrativa da União, sob controlo judicial do Tribunal da Justiça da UE.

Palavras-chave: União Europeia - Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia - Direitos fundamentais supranacionais.

Abstract: The Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) is the first bill of rights of a supranational organization. Its first addressees are the institutions, entities and agencies of the European Union. Adopted in 2000, as a political declaration, the Charter was later incorporated into the primary (constitutional) law of the Union with the Lisbon Treaty of 2007, which came into force in 2009. Since then, it binds all the legislative and administrative actions of the Union, under the judicial control of the EU Court of Justice.

Keywords: European Union - Charter of Fundamental Rights of the European Union - Supranational fundamental rights.

Sumário: 1. Do Tratado de Roma ao Tratado de Lisboa - 2. O prolongado défice de direitos fundamentais da UE - 3. Aprovação e "constitucionalização" da Carta - 4. Importância simbólica e jurídica da Carta - 5. Organização e conteúdo - 6. O caso dos direitos sociais - 7. Fontes da Carta - 8. Um catálogo aberto - 9. Destinatários da Carta - 10. Beneficiários da Carta - 11. Ausência de deveres e "eficácia externa" dos direitos fundamentais - 12. Inter-

pretação e alcance dos preceitos da Carta – 13. Restrições dos direitos fundamentais – 14. Competência para a regulação legislativa da Carta – 15. Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais – 16. A derrogação da CDFUE em relação a alguns Estados-membros da UE – 17. Impacto da Carta sobre a jurisprudência do TJUE – 18. A aplicação da Carta a nível nacional – 19. Relevância política da Carta – 20. A Carta como fator de constitucionalização da UE – 21. Bibliografia.

1. DO TRATADO DE ROMA AO TRATADO DE LISBOA

Aprovada no Conselho Europeu de Nice em Dezembro de 2000, como solene proclamação política, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) só veio a ser dotada de força jurídica vinculativa com o Tratado de Lisboa (2007), que entrou em vigor em 2009, tornando-se então o verdadeiro *bill of rights* da União. Com essa "positivização constitucional" da Carta encerrava-se uma evolução de várias décadas no respeitante à complexa relação entre a UE (e as suas antecessoras, CEE e CE)[1] e os direitos fundamentais.

Da inicial "comunidade de mercado" (mercado comum europeu) a União tornava-se numa verdadeira "comunidade de direitos fundamentais".

Na verdade, ressalvadas as liberdades económicas fundamentais ligadas ao "mercado comum" (liberdade de circulação de bens, de serviços, de capitais e de trabalhadores sem fronteiras internas, mais a liberdade de estabelecimento transfronteiriça), bem como a proibição de discriminações baseadas na nacionalidade, o Tratado de Roma, de 1957, que criou a Comunidade Económica Europeia (CEE), não continha um elenco de direitos fundamentais a que a Comunidade ficasse vinculada na sua ação, apesar de desde o início a CEE dispor de poderes políticos, legislativos e administrativos que, embora delimitados, podiam afetar as posições jurídicas das pessoas e demais entidades (sobretudo empresas) diretamente submetidas à sua jurisdição.[2]

Só muito mais tarde, o Tratado de Maastricht (1992) – que rebatizou a CEE em Comunidade Europeia (CE) e criou a UE ao seu lado – proporcionou dois importantes avanços nesta matéria. Primeiro, incorporou no direito primário da União um novo conjunto de direitos fundamentais, os direitos de "cidada-

1. CEE – Comunidade Económica Europeia, criada pelo Tratado de Roma de 1957. CE – Comunidade Europeia, nova designação da CEE depois do Tratado de Maastricht (1992).

2. Desde o início as normas e demais atos vinculativos da Comunidade dispunham de efeito direto sobre os seus destinatários, sem necessidade de qualquer transposição ou sequer publicação a nível nacional.

nia europeia", a começar pelo direito de eleger e de ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu. Segundo, "legalizando" a jurisprudência do Tribunal de Justiça nesse sentido, o Tratado de Maastricht consagrou como "princípios gerais de direito" da ordem jurídica comunitária os direitos enunciados na Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), bem como os direitos decorrentes das "tradicionais constitucionais comuns aos Estados-membros".[3] Todavia, na falta de explícita receção e enunciação dos referidos direitos fundamentais, que valiam somente como princípios gerais, cuja concretização cabia ao Tribunal, continuava a verificar-se um manifesto défice de reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais a nível da CE/UE.

O Tratado de Amesterdão (1997) introduziu um capítulo de políticas sociais no Tratado da CE, incluindo vários direitos sociais, numa espécie de contrapartida das originárias liberdades económicas do mercado comum. O chamado "modelo social europeu" ganhava expressão constitucional no processo de integração europeia.

Finalmente, passado meio século depois do Tratado de Roma, o Tratado de Lisboa (2007) culminava essa lenta e dispersa evolução, incorporando na ordem jurídica básica da UE a Carta de Direitos Fundamentais proclamada sete anos antes.[4]

2. O PROLONGADO DÉFICE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UE

Paralelamente à progressiva, mas lenta e sempre fragmentária e insuficiente, "positivação" de direitos fundamentais nos Tratados, verificava-se também

3. A CEDH foi o primeiro instrumento internacional de direitos humanos de âmbito "regional", criando um *bill of rights* comum aos Estados aderentes e sendo dotado de um mecanismo internacional de *enforcement* judicial, através do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), com competência para punir os Estados pelas infrações à Convenção. Ao ser rececionada na ordem jurídica da União Europeia, a CEDH passava a vincular unilateralmente uma organização supranacional que não era parte no seu tratado constitutivo e à qual não se aplicava por isso a jurisdição do TEDH. Quanto às "tradições constitucionais comuns aos Estados-membros", tratava-se de um conceito relativamente indeterminado que só o Tribunal do Luxemburgo podia "concretizar", mas que abrangia seguramente a maior parte dos direitos humanos de "1.ª geração" (direitos pessoais e direitos de liberdade), que são comuns ao elenco de direitos fundamentais das constituições europeias desde o início da era constitucional, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1979, em França.

4. Entretanto, a Carta tinha sido incorporada no chamado Tratado Constitucional de 2004, que todavia não vingou, por não ter chegado a ser ratificado, na sequência da sua rejeição em referendo na França e nos Países Baixos.

uma correspondente evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça europeu, que aliás interagiu com aquela.

Durante uma primeira fase após o Tratado de Roma, quando confrontado com casos de impugnação de atos comunitários a nível nacional, por alegada violação de direitos fundamentais reconhecidos nas constituições nacionais mas que não tinham assento no Tratado, o Tribunal de Justiça da Comunidade recusou-se a aceitar o escrutínio judicial da legislação e da demais ação comunitária à luz dos direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições dos Estados-membros, por eles não serem parâmetro vinculante da Comunidade (por exemplo, dec. *Storck*, 1959). Desse modo, os particulares encontravam-se bem menos protegidos perante as autoridades comunitárias, dada a falta de direitos fundamentais nos Tratados, do que perante as autoridades dos Estados nacionais, estas vinculadas ao catálogo de direitos das suas constituições e à Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, de que todos eram parte. A transferência de competências para a CEE traduzia-se, afinal, numa decisiva perda de proteção jurídica em matéria de direitos fundamentais.

Foi em reação a essa situação de quase absoluto "défice comunitário de direitos fundamentais" que o Tribunal Constitucional Alemão proferiu as célebres decisões "Solange I" e "Solange II" (1974 e 1986), em que, contra a orientação do Tribunal do Luxemburgo, se reservou o poder de escrutinar a validade do direito comunitário à luz dos direitos fundamentais garantidos na Constituição alemã, se e na medida em que a CEE não se encontre vinculada aos direitos e garantias fundamentais em termos substancialmente equivalentes aos da Lei Fundamental alemã. Tratava-se de uma séria ameaça à autonomia e à primazia do direito comunitário.[5]

O Tribunal do Luxemburgo acabou por ir ao encontro desta preocupação, passando a afirmar na sua jurisprudência, embora sem explícita base jurídica no Tratado de Roma, que a Comunidade Europeia, sendo uma "comunidade de direito", não poderia deixar de estar vinculada pelos direitos fundamentais, pelo que a CEDH e os "princípios constitucionais comuns aos Estados-membros" deveriam considerar-se como "princípios gerais" do direito comunitário europeu (por exemplo dec. *Nold* de 1974). Era um notável progresso, mas a

5. Na jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da CE/EU, o direito da União, constante dos Tratados e do "direito secundário", não só não podia ser contestado na sua validade e eficácia por alegada infração das constituições nacionais mas também gozava de primazia sobre o direito nacional, prevalecendo sobre o direito interno. As autoridades nacionais tinham obrigação de aplicar o direito da Comunidade/União mesmo que desconforme com o seu direito interno.

noção de "princípios gerais" – cuja identificação e alcance ficavam nas mãos do TJCE – continuava muito aquém do reconhecimento de um explícito elenco de direitos fundamentais com força vinculativa.

Como se referiu acima, essa orientação jurisprudencial veio mais tarde a ser "constitucionalizada", quase *ipsis verbis*, com o Tratado de Maastricht (1992), que também reconheceu explicitamente um novo grupo de direitos fundamentais da própria CE/UE, os direitos de cidadania europeia (direito de eleger e de ser eleito nas eleições europeias e nas eleições locais, direito de petição etc.). Todavia, a Comunidade Europeia/União Europeia continuava sem um verdadeiro catálogo vinculante de direitos fundamentais, mantendo o Tribunal uma extensa liberdade de delimitação e aplicação dos referidos princípios gerais.

Sucede mesmo que entretanto, em 1996, por efeito de um parecer negativo do Tribunal de Justiça, também se gorava a possibilidade de adesão da CE/UE à CEDH, a qual poderia constituir um meio de suprir a falta de um *bill of rights* próprio e de alinhar a CE/UE com o mesmo padrão externo de direitos fundamentais a que estavam sujeitos todos os Estados-membros.

O défice de direitos fundamentais a nível da União Europeia tornava-se obviamente mais grave e mais visível à medida que a integração europeia avançava para novas áreas de competência das instituições europeias, como sucedeu com o Tratado de Maastricht (1992) e o Tratado de Amesterdão (1998), que alargaram a competência da União em matérias altamente sensíveis aos direitos fundamentais, como a política de segurança, de imigração e asilo ou a política social. Com esse alargamento de competências, aumentava o risco de lesão dos direitos e liberdades individuais.

3. APROVAÇÃO E "CONSTITUCIONALIZAÇÃO" DA CARTA

Foi nesse quadro que o Conselho Europeu de Colónia (1999) lançou a proposta de elaboração de uma Carta de Direitos Fundamentais da UE, no que aliás retomava iniciativas anteriores tanto do Parlamento Europeu (Declaração de Direitos e Liberdades Fundamentais, de 1989), quer do próprio Conselho Europeu (Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989).

A Carta veio a ser efetivamente elaborada por um organismo *ad hoc* original, depois autointitulado de "convenção", composto por representantes do Parlamento Europeu e da Comissão Europeia, bem como por representantes dos parlamentos e dos governos nacionais, numa "dupla mistura" institucional (nível nacional e nível comunitário, parlamentos e governos). A abertura à participação externa e a transparência dos trabalhos completaram a revolução

operada no modo de elaboração dos instrumentos jurídicos da CE/EU, sobretudo quando comparado com o estrito intergovernamentalismo e o secretismo das "conferências intergovernamentais" (CIG), que negoceiam e aprovam as mudanças nos Tratados da União.

Todavia, o documento aprovado em dezembro desse ano de 2000 não veio a ser inserido no Tratado de Nice, que pouco depois procedeu a mais uma revisão dos tratados fundadores da CE e da UE, nem tampouco foi incorporado numa lei comunitária como "direito secundário", acabando por ser adotada somente como proclamação política. Embora passasse a ser regularmente referida e invocada pela Comissão e pelo Parlamento Europeu, como norma de autocontrolo, a CDFUE não passava quando muito de *soft law*, sem força vinculativa e sem poder ser invocada judicialmente.

O malogrado projeto de "Tratado Constitucional" de 2004 procedia à incorporação integral da CDFUE na nova "Constituição", onde constituía a parte II. Porém, a rejeição desse ambicioso Tratado, em consequência dos referendos negativos na França e na Holanda, fazia naufragar mais uma vez a força jurídica da Carta.

Finalmente, o Tratado de Lisboa (2007), desta vez com sucesso, conferiu força jurídica à Carta, embora esta se tenha mantido como texto autónomo, não inserido nos Tratados, figurando como instrumento anexo, ainda que com o mesmo valor jurídico daqueles, ou seja como "direito primário" da União.[6]

Todavia, ainda que a Carta se tenha tornado "direito constitucional" da UE, a verdade é que alguns Estados-membros (Reino Unido e Polónia) fizeram declarações de *opting out* em relação a alguns dos seus aspetos, nos termos de declaração anexa ao Tratado de Lisboa.

Embora com essa reserva, a CDFUE passava finalmente a fazer parte do "direito primário" (constitucional) da UE, vinculando as suas instituições, órgãos e agências e protegendo os cidadãos europeus e demais pessoas e entidades sujeitas à jurisdição da União face à sua atividade política, legislativa e administrativa lesiva dos seus direitos.

4. IMPORTÂNCIA SIMBÓLICA E JURÍDICA DA CARTA

Não é necessário sublinhar a importância simbólica e jurídica da CDFUE.

---

6. Esta autonomia formal da Carta de Direitos Fundamentais da UE não constitui um caso inédito. Recorde-se que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 continua a ser ainda hoje o *bill of rights* constitucional francês, não estando incorporada na Constituição propriamente dita.

Para começar, ela constitui um marco na história universal do reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais. Até agora todas as declarações de direitos tinham âmbito nacional ou eram tratados internacionais destinados a vincular os Estados nacionais. Só estes estavam vinculados aos direitos fundamentais. Com a CDFUE, pela primeira vez, uma organização supranacional dota-se de um *bill of rights* que a vincula diretamente e que defende os seus cidadãos e residentes contra os seus próprios atos políticos, legislativos e administrativos. De facto, como se verá, os primeiros destinatários da Carta são as instituições, órgãos e agências da União, na sua atividade legislativa ou administrativa (embora a Carta também vincule os Estados-membros quando atuem em cumprimento ou ao abrigo do direito da UE). Os direitos fundamentais deixaram de ter por objeto somente a atividade estadual.

Em segundo lugar, a Carta constitui o mais destacado testemunho da "constitucionalização" da UE como entidade política supranacional dotada de poderes de autoridade, que não é somente uma organização interestatal (união de Estados) mas que possui também um substrato pessoal, os cidadãos europeus, cujos direitos importa assegurar contra os respetivos órgãos e agentes, tal como sucede face ao Estado.

Por um lado, na sua génese, como se viu, a Carta não foi elaborada em negociações intergovernamentais, como é norma nos tratados internacionais – incluindo os Tratados da União –, mas sim por uma "convenção" onde tinham peso proeminente os representantes das próprias instituições europeias, nomeadamente o Parlamento Europeu, tendo sido mais tarde formalmente proclamada pelas mesmas instituições europeias. A Carta é por isso a primeira expressão de uma vontade "autoconstituinte" da própria União, através dos seus órgãos próprios. Por outro lado, a própria designação de Carta de Direitos Fundamentais é um conceito eminentemente constitucional, não sendo por acaso que o célebre art. 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabelecia que "uma sociedade onde não são garantidos os direitos [fundamentais] (...) não tem constituição".

A UE passava a possuir um dos pressupostos essenciais da própria ideia constitucional.

5. ORGANIZAÇÃO E CONTEÚDO

Quanto à sua organização e conteúdo, a CDFUE é verdadeiramente original.

Ao contrário das declarações de direitos humanos dos séculos XVIII e XIX, que se limitavam aos direitos de "primeira geração", que protegiam as pessoas

contra a intromissão do Estado na esfera individual (direitos civis e políticos), e ao contrário das declarações internacionais da segunda metade do século XX, nomeadamente as das Nações Unidas de 1966,[7] que separavam em instrumentos distintos os direitos civis e políticos e os direitos económicos sociais e culturais (que são em geral direitos a prestações do Estado), a Carta europeia opta deliberadamente pela unidade e integração de todos os direitos fundamentais, independentemente da sua natureza "negativa" ou "positiva".

Por isso, em vez de organizar os direitos de acordo com a referida distinção tradicional (como ocorre por exemplo com a Constituição da República Portuguesa de 1976, entre outras), a Carta reparte os diferentes direitos por vários capítulos temáticos, começando pela "dignidade" e acabando na "justiça", passando pela "liberdade", pela "igualdade", pela "cidadania" e pela "solidariedade", misturando livremente direitos de liberdade e direitos a prestações. Trata-se por isso de uma manifestação do moderno princípio da "unidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais".[8]

Há todavia na Carta uma explícita distinção entre *direitos* e *princípios* (art. 51.º-1), sendo que somente os primeiros são imediatamente precetivos e diretamente justiciáveis e carecendo os segundos de concretização legislativa e administrativa para se tornarem efetivos. Todavia, na falta de cabal destrinça expressa de uns e outros, nem sempre é fácil proceder à sua identificação, a qual caberá aos tribunais, sendo porém certo, até pela história da discussão na Convenção que elaborou a Carta, que entre os "princípios" se contam justamente os direitos a prestações e ações do poder público, ou seja, os chamados direitos sociais.

Quanto ao seu conteúdo, a Carta abrange a generalidade dos direitos e garantias enunciados nas constituições nacionais ou nas declarações internacionais gerais de direitos fundamentais, tanto os da "1.ª geração" como os da "2.ª geração", além de vários direitos de última geração, como os ligados à proteção de dados pessoais, às relações familiares ou à genética. A Carta colige também os direitos até então garantidos de forma dispersa nos próprios Tratados da União (liberdades económicas, direitos políticos e direitos sociais).[9]

---

7. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e Pacto Internacional de Direitos Económicos Sociais e Culturais (PIDESC), respetivamente.

8. De facto, a CDFUE é a primeiro *bill of rights* internacional a observar o princípio da "unidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais", tal como enunciada na Declaração de Viena de 1993.

9. A expressão "Tratados da União" abrange não somente os dois tratados básicos – que depois do Tratado de Lisboa são o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado

Esta abrangência da Carta pode parecer estranha, visto que, salvo o último grupo referido, muitos dos direitos nela enunciados só podem ter uma conexão indireta e remota com as competências da União, pelo que dificilmente podem ser afetados diretamente pela atividade das autoridades europeias, dadas as suas competências relativamente limitadas.[10] Todavia, a sua inclusão na Carta, para além de uma preocupação de completude sistémica, deve-se seguramente ao facto de todos os direitos enunciados não só poderem ter efeitos jurídicos indiretos mas também serem relevantes para os efeitos políticos da Carta, como se verá adiante.

Apesar da ousadia da sua organização e de algumas inovações quanto aos direitos enunciados (proteção da identidade genética, distinção entre família e casamento, etc.) a Carta é bem tradicional noutros aspetos, designadamente na exclusão de direitos coletivos (de organizações ou grupos sociais) e na omissão de deveres fundamentais (embora referidos no preâmbulo).

6. O CASO DOS DIREITOS SOCIAIS

Embora a CDFUE inclua, como se referiu, diversos direitos sociais típicos (certos direitos dos trabalhadores, direito à educação, direito à saúde, direito à segurança social etc.), a verdade é que nesta área ela é bem menos ambiciosa e abrangente do que em relação aos tradicionais direitos de liberdade.

Assim, é de assinalar desde logo a ausência de alguns importantes direitos sociais, como o direito ao trabalho, o direito à habitação ou o direito a remuneração digna, falta esta tanto mais notória quanto eles figuram na Carta Social Europeia (1961).[11] Em segundo lugar, como se viu, a generalidade dos preceitos relativos aos direitos sociais aparece formulada como simples "princípios" e não como verdadeiros direitos, o que lhes retira eficácia direta e real efetividade. Terceiro, em vários casos a Carta remete o alcance de tais preceitos para as "legislações e práticas nacionais", o que os torna dependentes da variável proteção que possam ter (ou não) nos Estados-membros.

---

sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) – mas também os numerosos protocolos anexos.

10. Diferentemente dos Estados, que têm competências gerais originárias (que eles próprios definem), a União Europeia, como entidade política "derivada", têm competências limitadas, conferidas pelos Estados-membros (princípio das "competências de atribuição").

11. A CSE, aprovada no âmbito do Conselho da Europa, é a carta de direitos sociais europeia, fazendo *pendant* com a CEDH, que a precedeu uma década, não dispondo porém dos meios de *enforcement* judicial desta.

Importa salientar, porém, os aspetos positivos dessa constitucionalização dos direitos sociais, ainda que relativamente débil. Primeiro, com o seu reconhecimento na Carta, a União fica politicamente habilitada a legislar no sentido de estabelecer parâmetros mínimos comuns de efetivação desses direitos, sempre que se trate de áreas da sua competência.[12] Segundo, os direitos sociais podem servir para justificar limitações ou restrições de outros direitos, como por exemplo as liberdades económicas do mercado interno (liberdade de circulação de bens, de serviços, de capitais e de trabalhadores), as quais não seriam lícitas se não fossem necessárias para proteger outros direitos. Terceiro, uma vez que os direitos sociais também possuem uma vertente "negativa", interditando ações que os lesem (por exemplo, ações que lesem a saúde), o seu reconhecimento na Carta pode permitir a impugnação dessas medidas, incluindo por via judiciária. Quarto, mesmo se na sua vertente "positiva", como direitos a ações ou prestações, eles só podem ser efetivados por via legislativa, pode suscitar-se a questão de saber se a inação legislativa pode consubstanciar uma "omissão inconstitucional" ou se eles podem ser invocados para questionar retrocessos arbitrários no grau de efetivação legislativa que possam ter alcançado.

No que respeita à remissão para as "legislações e práticas nacionais" (arts. 27.º 28.º, 30.º, 34.º, 35.º e 36.º), parece evidente que a equívoca referência a "práticas" não pode incluir práticas ilegais (sob pena de violação do próprio princípio do Estado de Direito) e que, por maior que seja a margem de liberdade de conformação que se tenha querido deixar aos Estados-membros, ela não pode incluir a liberdade de optar pela ausência absoluta de efetivação desses direitos, devendo sempre exigir-se um nível mínimo de realização dos mesmos. Desnecessário se torna acrescentar que sempre que a União tenha decidido proceder ela mesma à efetivação de tais direitos (quando tenha competência para tal), essa legislação passa a valer como padrão mínimo na matéria, prevalecendo sobre a legislação e as práticas nacionais (ao abrigo do princípio da primazia do direito da União sobre o direito dos Estados-membros).

7. FONTES DA CARTA

São várias as fontes da Carta, de resto indicadas artigo a artigo nas "anotações" oficiais introduzidas pela presidência da "Convenção" que a elaborou em 1999/2000, com alguns aditamentos na "Convenção" que elaborou o Tratado Constitucional de 2004, as quais se mantêm na versão oficial da Carta de 2007 (cf. preâmbulo e art. 52.º-7), e que constituem outra originalidade da CDFUE.

12. Como se verá, só por si a Carta não confere novas competências à União, apenas estabelece limites para as competências enunciadas nos Tratados.

A mais importante das fontes é indubitavelmente a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, que é quase inteiramente reproduzida na Carta, embora com muitas *nuances* e atualizações. Outro instrumento de direito internacional de direitos humanos com influência na CDFUE, especialmente nos direitos sociais, foi a Carta Social Europeia de 1961, também do Conselho da Europa (o que é curioso, pois a CSE não foi ratificada por todos os Estados-membros da União). Há ainda direitos oriundos de outros instrumentos internacionais de direitos humanos, como a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, das Nações Unidas (cf. art. 24.º da CDFUE) e a Convenção de Direitos Humanos em relação à Biologia e à Biomedicina de 1997, do Conselho da Europa (cf. art. 3.º-2 da Carta).

Como já se viu, numerosos preceitos têm a sua origem nos próprios Tratados da União ou na sua legislação "derivada", como sucede com a liberdade de circulação de pessoas, de prestação de serviços e de estabelecimento, com o capítulo dos direitos políticos, com a igualdade de género, com alguns direitos sociais. Neste aspeto, a Carta é uma espécie de compilação e codificação de direitos preexistentes no direito da UE.

Finalmente, há preceitos que replicam direitos ou princípios fundamentais reconhecidos no património constitucional europeu, como a proteção da dignidade humana, a abolição da pena de morte, a igualdade perante a lei, a objeção de consciência.

8. UM CATÁLOGO ABERTO

Apesar da sua abrangência, a Carta não pretende esgotar nem "congelar" para o futuro o acervo de direitos fundamentais que vinculam a UE.

Com efeito, o n. 3 do art. 6.º do TUE continua a declarar expressamente, tal como anteriormente, que além da Carta também os direitos enunciados na CEDH (naturalmente os poucos não transpostos para a própria Carta) ou decorrentes das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros (para além dos que já constam da Carta) valem como "princípios gerais" na ordem constitucional da União. De resto, uma vez que o Tratado impõe a adesão da União à própria CEDH (TUE, art. 6.º-2), então esta passará a valer integralmente como direito diretamente vinculante na ordem jurídica da UE e não somente como "princípio geral".[13]

13. Segundo a jurisprudência do TJUE (Luxemburgo), os tratados internacionais a que a União se vincule têm força jurídica supralegislativa, pelo que passam a constituir um parâmetro de validade das leis e demais decisões juridicamente vinculativas da

Não é de excluir obviamente que, embora falte uma previsão expressa nos Tratados nesse sentido, a União venha a aderir a outras convenções internacionais de direitos humanos, passando estas a integrar também o Código de Direitos Humanos da UE.

Por último, além da Carta, há que referir os direitos "fora do catálogo", ou seja, os direitos avulsos incluídos nos Tratados da União (por exemplo, o novo direito de iniciativa popular, reconhecido no art. 11.º-4 TUE) ou em legislação da UE (por exemplo, o direito a cuidados médicos transfronteiriços), que por algum motivo ficaram fora da Carta. Apesar da sua abrangência, portanto, a Carta não esgota o elenco dos direitos fundamentais da União.

9. DESTINATÁRIOS DA CARTA

Como já se referiu acima, a principal função da CDFUE é colocar a integração europeia sob a égide dos direitos fundamentais, limitando o poder e a liberdade de ação das autoridades da União, no âmbito da sua competência, em prol dos direitos nela enunciados.

Por isso, os destinatários da CDFUE são antes de mais e acima de tudo as instituições, os órgãos e as agências da UE (art. 51.º-2), que a devem observar na sua atividade política, legislativa, administrativa e judicial. Como se explicita no art. 51.º-2, a Carta não amplia as funções da UE nem alarga os limites destas, embora não deixe de se aplicar obviamente se as autoridades europeias atuarem *ultra vires*.[14]

Em princípio, portanto, a Carta não vincula os Estados-membros na sua esfera de ação própria, na qual estão sujeitos aos direitos fundamentais estatuídos nas suas próprias constituições e na CEDH (a que todos se vincularam). Trata-se assim de dois níveis sobrepostos separados: nem a UE está sujeita aos direitos fundamentais das Constituições nacionais nem os Estados-membros estão em princípio sujeitos à declaração de direitos fundamentais da União.[15]

União. Assim se passará também com a CEDH. Já sob o ponto de vista do TEDH (Estrasburgo), a CEDH prevalece sobre qualquer norma interna, não podendo os Estados aderentes invocar as suas próprias constituições para se furtarem ao cumprimento daquela. O mesmo se passará com a UE, quando aderir à CEDH e à jurisdição dão TEDH.

14. Os atos *ultra vires* da União são desde logo inconstitucionais por falta de competência, mas também podem ser materialmente inconstitucionais, se violarem a CDFUE.

15. Nesse aspeto a União não obedece ao princípio federal da vinculação geral das unidades federadas pelo *bill of rights* federal.

Por isso a CDFUE não pode ser invocada contra as autoridades nacionais, nem os seus tribunais podem trazê-la à colação, quando aquelas atuam na sua esfera de competências próprias, à margem do direito da União.

Todavia, embora não seja "direito comum" dos Estados-membros da UE, a verdade é que a Carta também vincula as autoridades nacionais (legislativas, administrativas, judiciais), seja a nível nacional, regional ou local, quando estas apliquem direito da União a nível interno ou atuem ao abrigo do direito da União. Cabem aqui nomeadamente os casos de transposição e aplicação nacional das "diretivas" legislativas da União, a aplicação a nível nacional dos "regulamentos" e outros atos vinculativos da União, bem como os casos em que as autoridades dos Estados-membros usam poderes conferidos pelo direito europeu (por exemplo, introdução de derrogações nacionais ao direito da União).

Também aqui, neste regime de vinculação limitada das autoridades nacionais pelos direitos fundamentais estabelecidos a nível da UE, a Carta limita-se a seguir a constante jurisprudência do TJUE neste ponto, que sempre recusou a aplicação dos direitos fundamentais da UE a litígios nacionais sem qualquer conexão com o direito da União (ver por exemplo, decisões *Kremzow*, 1977, e *Attill Vajani*, 2005). Não basta sequer que a matéria em causa caiba na competência da UE; se esta não tiver usado tal competência, não havendo portanto um caso de aplicação nacional de legislação europeia, não se coloca a aplicação da CDFUE à situação em causa, tudo se continuando a passar no exclusivo âmbito do direito nacional, incluindo no respeitante aos direitos fundamentais suscetíveis de serem invocados.

Esta vinculação (limitada) das autoridades nacionais à Carta (além da sua vinculação à respetiva constituição nacional e à CEDH) é perfeitamente compreensível, pois, como se sabe, a legislação da União é por via de regra posta em prática pelos Estados-membros, que funcionam como "administração indireta" da União, e não pelas próprias autoridades europeias (salvo quando se exija uma "aplicação uniforme", caso em que a implementação pode ser confiada pelos legisladores da União à Comissão Europeia e não aos Estados-membros, nos termos do art. 291.º do TFUE). Sendo assim, é natural que os Estados-membros fiquem também sujeitos à Carta quando atuam como "órgãos executivos" da União ou como "operadores" do direito europeu, ao abrigo da descentralização das tarefas executivas da União.

Desnecessário se torna assinalar que ao atuarem sob a égide do direito da União as autoridades nacionais ficam sujeitas simultaneamente aos direitos fundamentais da sua própria constituição (e da CEDH) e à CDFUE, o que pode dar lugar a conflitos de obediência, caso haja discrepância entre os dois paradigmas.

10. BENEFICIÁRIOS DA CARTA

Os beneficiários dos direitos reconhecidos na CDFUE não são somente os cidadãos europeus e as entidades coletivas sediadas no território da União (associações, sociedades etc.), mas também, salvo algumas exceções, os estrangeiros residentes ou as entidades estrangeiras com atividade num dos Estados-membros.

Além disso, alguns direitos, pela sua própria natureza universal, como os direitos ligados à dignidade humana, valem para todas as pessoas sujeitas à jurisdição da UE, mesmo que não sejam cidadãos europeus nem estrangeiros com residência legal na União (por exemplo, os imigrantes clandestinos ou os candidatos a asilo). A redação dos preceitos distingue em geral o âmbito pessoal de cada direito, ao distinguir os que valem para "todos os cidadãos" e os que valem para "todas as pessoas".

Os cidadãos da UE (ou seja, os nacionais dos seus Estados-membros, que são automaticamente cidadãos europeus)[16] se beneficiam de todos os direitos enunciados na Carta, salvo daqueles que pela própria natureza só dizem respeito a estrangeiros exteriores à União (como o direito de asilo). Há compreensivelmente direitos exclusivos dos cidadãos europeus, como são justamente os direitos eleitorais ligados à cidadania (arts. 39.º e 40.º).[17]

Em geral, a Carta revela um assinalável universalismo na fruição dos direitos fundamentais, tanto mais de notar quanto na União é elevada a percentagem de residentes oriundos de outros países.

11. AUSÊNCIA DE DEVERES E "EFICÁCIA EXTERNA" DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já se referiu, a Carta não estabelece nenhum dever fundamental conexo com os direitos fundamentais enunciados, muito menos nenhum dever autónomo, até porque a generalidade dos deveres tradicionais face ao Estado (dever de defesa, dever de pagar impostos) não têm cabimento a nível da UE (por não ter forças armadas próprias e ter poderes tributários limitados).

---

16. A cidadania da União é uma cidadania "derivada", sendo a nacionalidade a cidadania originária, tal como definida pelo direito dos Estados-membros. A União não tem competência para definir a sua própria cidadania.

17. Diferentemente do que sucede em muitos Estados-membros, que reconhecem direitos eleitorais a estrangeiros residentes (caso de Portugal, entre muitos), a União não reconhece direitos eleitorais a quem não tenha cidadania europeia.

Contudo, é evidente que, além do dever geral de não lesar os direitos de outrem, há certos direitos que valem diretamente nas relações intersubjetivas ("relações horizontais"), pelo que impõem certos deveres especiais de respeito por parte de outrem (por exemplo, obrigações das empresas para com os direitos dos respectivos trabalhadores).

Por outro lado, embora não haja na Carta nenhuma menção expressa ao chamado "efeito horizontal" dos direitos fundamentais em geral, ou seja, a sua vigência nas relações com terceiros (*Drittwirkung* na designação alemã), é sabido que o TJUE fez valer diversas vezes os direitos previstos no Tratados, especialmente as chamadas liberdades económicas fundamentais, não somente nas relações face aos Estados e à União mas também face a entidades privadas. Isso significa que os direitos que impõem um dever de respeito por parte do Estado (os chamados "direitos negativos", que interditam ingerências ou intromissões na esfera da autonomia e da liberdade individual) também reclamam em princípio idêntico dever de respeito por parte de terceiros.

12. INTERPRETAÇÃO E ALCANCE DOS PRECEITOS DA CARTA

Característica pouco comum, a CDFUE estabelece ela mesma os parâmetros de interpretação e delimitação do alcance dos seus preceitos (art. 52.º-2, 3 e 4).

Assim, no caso dos preceitos com origem na CEDH, eles devem ser interpretados de acordo com as condições e os limites estabelecidos naquela Convenção, incluindo as restrições nela previstos (tendo em conta a jurisprudência do TEDH), salvo se outra coisa resultar da própria Carta.[18] No caso dos direitos oriundos dos próprios Tratados da UE, eles devem ser lidos de acordo com o seu sentido na origem, incluindo as respetivas restrições (tendo em conta a jurisprudência do TJUE). O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para os preceitos com origem nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros.

Acresce que, nos termos do art. 52.º-7, devem ser tidas em conta, como "interpretação oficial", as já referidas "anotações" da presidência da "Convenção" que elaborou a Carta, alteradas pela presidência da Convenção que preparou o Tratado Constitucional de 2004. Tais anotações mencionam a fonte de cada preceito e dão indicações sobre o seu sentido.

18. Esta regra será particularmente importante uma vez efetuada a adesão da União à CEDH e à jurisdição do TEDH, pois limitará a possibilidade de interpretações discrepantes entre o TJUE e o TEDH.

Finalmente, nenhum preceito pode ser interpretado de forma a admitir atividades que visem a destruição de qualquer direito ou a introduzir outras restrições não previstas na Carta – é a proibição do "abuso de direitos" estabelecida no art. 54.º.[19] E tampouco pode algum preceito da Carta ser interpretado de modo a implicar lesão ou restrição dos direitos reconhecidos, conforme os casos, pelos Tratados da União, pela CEDH ou outros instrumentos de direito internacional (que vinculem da UE) ou pelas constituições nacionais – é o princípio da proibição do retrocesso do nível de proteção, enunciado no art. 53.º.[20]

13. RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Redigida em geral de forma lapidar, em formulações curtas e despojadas, a Carta não contém normas sobre a restrição de direitos fundamentais caso a caso. Preferiu remeter, sendo caso disso, para as restrições previstas na CEDH ou nos próprios Tratados da UE, e estabelecer subsidiariamente uma cláusula geral de restrição para os demais casos.

No primeiro caso, como se viu, os preceitos da Carta oriundos da CEDH e dos Tratados incorporam implicitamente as restrições originárias, salvo quando outra coisa seja estabelecida na própria Carta.

Quanto à cláusula geral de restrição da Carta (art. 51.º-1), ela enuncia os cinco princípios hoje universalmente reconhecidos para a restrição lícita de direitos fundamentais: 1.º – toda a restrição deve ser estabelecida por lei (princípio da legalidade); 2.º – toda a restrição tem de ser justificada pela salvaguarda de outro direito fundamental ou de outro interesse geral constitucionalmente protegido (princípio da justificação); 3.º – só pode haver restrições quando tal seja necessário para proteger ou promover outros direitos fundamentais ou outro interesse constitucionalmente protegido (princípio da necessidade; 4.º – toda a restrição deve limitar-se ao que for necessário para alcançar o objetivo que a justifica, não devendo ser excessiva (princípio da proporcionalidade); 5.º – nenhuma restrição pode aniquilar o direito fundamental em causa, devendo salvaguardar o seu conteúdo essencial (reserva do núcleo essencial).

---

19. O caso de escola é o da instrumentalização das liberdades civis (expressão, associação, manifestação) por parte de grupos radicais apostados na subversão da ordem liberal-democrática.

20. Nessa perspetiva, a CDFUE funciona como "garantia mínima" dos direitos fundamentais, cedendo perante outros instrumentos jurídicos mais garantísticos.

Há porém casos em que a Carta não se bastou com esses requisitos transversais, excluindo expressamente certas restrições, como sucede com a proibição da escravidão e da servidão (art. 5.º), no respeitante ao direito à liberdade pessoal, ou com a proibição da pena de morte, no respeitante ao direito à vida (art. 2.º-2), ou com a proibição da tortura, no respeitante ao direito à integridade do ser humano (arts. 3.º e 4.º). Além disso, nenhuma restrição de qualquer direito fundamental pode afetar a dignidade humana (como se esclarece a anotação oficial ao art. 1.º).

14. COMPETÊNCIA PARA A REGULAÇÃO LEGISLATIVA DA CARTA

Como é evidente, a legislação necessária para regular e implementar os direitos fundamentais estabelecidos na CDFUE, incluindo desde logo a concretização das restrições admissíveis, cabe ao legislador europeu, desde que, porém, a matéria caiba nas competências (exclusivas ou compartilhadas) da UE.

Como estabelece enfaticamente a Carta em várias ocasiões (por exemplo art. 51.º-2), os direitos nela consagrados não implicam nenhum alargamento das competências da União, pelo que não pode servir só por si para lhe conferir poderes legislativos destinados a regular ou efetivar os direitos nela reconhecidos. Assim, por exemplo, cabe ao legislador europeu a regulamentação da liberdade de circulação das pessoas ou o direito eleitoral para ao Parlamento Europeu, mas não para regular a liberdade de expressão ou a liberdade de religião, por estas matérias não integrarem as competências da União. O mesmo vale para os direitos a ações ou prestações ("direitos sociais"): a UE pode definir por exemplo os direitos dos consumidores mas não pode concretizar o direito à saúde (salvo no que respeita a cuidados de saúde transfronteiriços).

De resto, cabe acrescentar que os Tratados admitem delegação de poderes da União aos Estados-membros (TFUE, art. 2.º-1); mas não admitem delegações *ad hoc* de poderes dos Estados-membros na União.

15. MECANISMOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quais são os mecanismos de proteção dos direitos enunciados na CDFUE?

Como é evidente, sendo a Carta parte integrante do "direito primário" da UE, os atos ou omissões das autoridades da União que infrinjam a Carta, incluindo os atos legislativos e o demais "direito derivado", são inválidos e podem gerar responsabilidade pelos danos causados. São portanto "inconstitucionais" os atos que infrinjam os preceitos da Carta.

O primeiro mecanismo de proteção consiste no autocontrolo das autoridades europeias a montante das decisões. Tanto a Comissão como o Parlamento

Europeu se autovincularam a verificar sistematicamente o respeito da Carta nas suas iniciativas, antes de lhes darem seguimento. Logo depois de a Carta se tornar juridicamente vinculativa, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (2009), a Comissão Europeia emitiu uma Comunicação sobre a "Estratégia para uma efetiva aplicação da CDFUE" (COM(2010)575, de 19.10.2010), enunciando um conjunto de medidas obrigatórias, incluindo uma *check-list* na preparação de qualquer ato da Comissão e um relatório anual sobre a implementação da Carta.

Quanto ao heterocontrole por órgãos externos, para além dos mecanismos não judiciais (queixa ao Ombudsman Europeu, escrutínio da Agência Europeia de Direitos Fundamentais e outras agências da UE), o principal instrumento de proteção dos direitos fundamentais é a via judicial, cabendo aos tribunais da União fazer observar e cumprir a Carta, por intermédio dos mecanismos de anulação de normas ou atos concretos, bem como por via dos mecanismos da responsabilidade civil, nos termos gerais. Além do recurso de qualquer pessoa interessada, também existe a possibilidade de impugnação abstrata da validade de qualquer ato da União por violação dos Tratados ou da Carta (art. 263.º TFUE). Existe igualmente possibilidade de suscitar perante o Tribunal a ilicitude de uma omissão das instituições europeias na tomada das medidas necessárias para fazer cumprir as obrigações derivadas da CDFUE (art. 265.º TFUE).[21]

Nesta medida, os tribunais da UE (TJUE) são órgãos de "justiça constitucional". O Tratado de Lisboa alargou muito o âmbito da jurisdição dos Tribunais da União, de modo a abranger atos anteriormente não justiciáveis, eliminando exceções no capítulo sensível da "liberdade, segurança, justiça" (antigo "3.º pilar" do Tratado de Maastricht).[22] Todavia, a ordem judicial da UE não prevê nenhum mecanismo judicial específico para proteção dos direitos fundamentais como os que existem em alguns ordenamentos nacionais europeus, tipo "recurso de amparo" (Espanha) ou "queixa constitucional" (Alemanha).

Também os tribunais nacionais têm o dever de apreciar a conformidade dos atos internos dos Estados-membros com a CDFUE, nas questões que envolvam aplicação do direito da UE por parte das autoridades nacionais. Nesse caso, os interessados só podem recorrer para os tribunais nacionais, e não para

21. Como se viu, isso não se aplica aos "princípios" da Carta – entre os quais se contam vários dos direitos sociais –, que carecem de prévia concretização legislativa, antes de se tornarem justiciáveis.

22. Excetua-se a "política externa e de segurança comum" (PESC), que continua fora de controlo judicial, com pequenas ressalvas (TUE, art. 24.º).

o TJUE, que não tem competência para apreciar recursos dos particulares contra as autoridades nacionais, mesmo por alegada violação do direito da União (os particulares só podem demandar o TJUE contra atos da União que os afetem). Caso surjam nos tribunais nacionais questões relativas à interpretação do direito da União, incluindo a Carta, ou sobre a interpretação e validade dos seus atos, aqueles devem lançar mão do tradicional mecanismo da "questão prejudicial" dirigida ao TJUE, prevista no art. 267.º TFUE.

Em caso de desrespeito da Carta pelas autoridades nacionais, nas situações em que ela as vincula, mesmo que "validado" pelos seus tribunais ou da responsabilidade destes, os Estados-membros ficam sujeitos à "ação de incumprimento" junto do TJUE, tal como previsto nos arts. 258.º a 260.º do TFUE, sendo punidos pelas infrações apuradas, incluindo pelo incumprimento da CDFUE.

Como já se referiu, no caso dos "princípios" estabelecidos na Carta – que abrangem em geral os direitos a ações ou prestações ("direitos sociais") – a sua concretização cabe exclusivamente ao legislador e à administração (a nível europeu ou nacional, conforme os casos), não podendo a sua efetivação ser judicialmente exigida junto do TJUE (nem junto dos tribunais nacionais, quando competentes), só podendo ser invocados perante o juiz "tendo em vista a interpretação desses atos [de aplicação] e a fiscalização da sua legalidade" (art. 52.º-5).

16. A DERROGAÇÃO DA CDFUE EM RELAÇÃO A ALGUNS ESTADOS-MEMBROS DA UE

O mesmo Tratado de Lisboa que tornou juridicamente vinculativa a CDFUE, com a mesma força jurídica dos Tratados da União (ou seja como "direito primário", ou constitucional), também inclui um protocolo anexo que estabelece derrogações da aplicação da Carta em relação a alguns Estados-membros, nomeadamente o Reino Unido e a Polónia (que vão ser estendidas à República Checa, por efeito de uma decisão do Conselho Europeu de 2009, a ser vertida num novo protocolo no futuro).[23]

Alegadamente, o objetivo do Protocolo em causa é a "clarificação" de determinados aspetos da aplicação da Carta àqueles países, mas é fácil ver que se trata de verdadeiras e próprias derrogações.

23. Diferentemente da Polónia, que somente se tornou membro da UE no *alargamento* de 2002, o Reino Unido goza de várias derrogações do direito da União, incluindo a moeda única, o regime de Schengen sobre a eliminação de controlos fronteiriços, as políticas sociais etc.

Não deixa de ser estranho que nos "considerandos" do Protocolo se afirme que a Carta "reafirma os direitos, as liberdades e os princípios reconhecidos na União, conferindo-lhes maior visibilidade, sem todavia criar novos direitos ou princípios". Obviamente, isso não é verdade, como se viu acima. Isso só é válido para os preceitos que reproduzem direitos já antes reconhecidos nos Tratados, como as liberdades económicas fundamentais do mercado comum e os direitos de cidadania europeia. Porém, a Carta inclui muitos outros direitos que não constavam do *acquis* da União. E mesmo os que são oriundos da CEDH e das "tradições constitucionais comuns aos Estados-membros" são na verdade direitos ou princípios novos, pois antes da Carta não passavam de "princípios gerais da ordem jurídica da União", como se estabelecia desde o Tratado de Maastricht. Agora são direitos fundamentais verdadeiros e próprios. Há ainda, como se referiu acima, os direitos provindos de outros instrumentos de direito internacional, que são inteiramente novos na ordem jurídica da União.

Quanto ao conteúdo, o Protocolo derroga a aplicação da Carta no respeitante aos Estados em causa, quanto a todos os direitos nela estabelecidos *ex novo*, ou seja, que não sejam reprodução de direitos anteriormente garantidos na ordem jurídica da União. Com efeito, o art. 1.º-1 estabelece que a Carta não pode ser invocada por qualquer tribunal – nem pelo TJUE nem pelos tribunais nacionais respetivos – para questionar nenhuma lei, regulamento ou ação administrativa dos referidos Estados, que de acordo com a Carta deveriam respeitar a mesma, ou seja, quando constituam aplicação de direito da União ou quando atuem ao abrigo dele, nos termos acima analisados. Concretizando esta derrogação, o Protocolo acrescenta que no respeitante ao Título IV da CDFUE, que reconhece os direitos dos trabalhadores e os direitos sociais, nenhum deles pode ser invocado contra aqueles países, salvo se previstos também na respetiva legislação.

Já o art. 2.º do mesmo Protocolo constitui uma simples clarificação interpretativa da Carta, ao estabelecer que, quando esta faz referência às "legislações e práticas nacionais", esta expressão se refere às legislações e práticas dos países em causa, e não de outros países da União. Tal parece ser efetivamente a interpretação mais razoável da Carta nesse ponto.

Seja como for, este Protocolo dispensa os referidos países de obediência à CDFUE, na parte em que ela vincula os Estados-membros, impedindo os tribunais nacionais de desaplicar ou de anular normas ou atos com ela incompatíveis e impedindo o TJUE de condenar esses Estados por infração do direito da União, apesar de se tratar de direito "primário" (constitucional) desta.

Assim se cria uma assimetria no respeitante à igualdade de obrigações dos Estados-membros, no cerne mesmo do direito constitucional material da União Europeia.

17. IMPACTO DA CARTA SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO TJUE

Qual pode ser o impacto da CDFUE na jurisprudência do TJUE?

Antes de mais, sendo agora guardião da Carta e estando a ela vinculado, com o seu catálogo abrangente de direitos fundamentais, desde os direitos civis aos direitos sociais, o Tribunal perde a liberdade de conformação que detinha até agora, quando a CEDH e as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros eram somente "princípios gerais" da ordem constitucional da UE, que ao Tribunal cabia "concretizar".

Em segundo lugar, pela mesma razão, o Tribunal terá de atenuar a tradicional primazia dada às liberdades económicas fundamentais estabelecidas nos Tratados no confronto com outros direitos fundamentais (exemplos da jurisprudência do Tribunal neste sentido: *Smidberger*, 2003, *Viking*, 2007). Agora deixou de se tratar de um confronto entre direitos positivados nos Tratados e simples "princípios gerais" da ordem constitucional da UE, como sucedia anteriormente, mas sim de conflitos entre direitos fundamentais com o mesma força jurídica na Carta, havendo portanto necessidade de tomar em conta agora todos os direitos fundamentais em pé de igualdade e de proceder à sua recíproca compatibilização de forma equilibrada.

Em terceiro lugar, havendo a imposição expressa de interpretação de grande parte dos preceitos da Carta de acordo com o disposto na CEDH (art. 52.º-3), o Tribunal do Luxemburgo terá de seguir a linha jurisprudencial do Tribunal do Estrasburgo aquando da aplicação desses preceitos, de modo a harmonizar tanto quanto possível a jurisprudência dos dois tribunais sobre as mesmas questões.

Isto é tanto mais importante quanto é certo que, com a prevista, e devida, adesão da UE à CEDH e ao TEDH (TUE, art. 6.º-2), torna-se possível o recurso para o segundo por alegadas violações da Convenção por parte das autoridades da União, que terão de ter passado pelo TJUE (dada o princípio do esgotamento dos meios judiciais na jurisdição de origem). Por isso, é conveniente reduzir ao mínimo a ocorrência de discrepâncias de interpretação e de aplicação dos mesmos preceitos, a fim de poupar a União a condenações no Tribunal de Estrasburgo.

18. A APLICAÇÃO DA CARTA A NÍVEL NACIONAL

Também podem existir conflitos de interpretação e aplicação da CDFUE entre o TJUE e os tribunais nacionais, quando a estes compete velar, como se viu acima, pela observância da Carta pelos Estados-membros, nos casos de aplicação de direito da UE pelas autoridades nacionais.

A regra geral é obviamente que em caso de dúvida sobre a interpretação do direito da UE, a começar pelo "direito primário" (onde se inclui a Carta), os tribunais nacionais devem solicitar a intervenção do TJUE e seguir a linha por este definida. Embora este mecanismo não elimine absolutamente a possibilidade de discrepâncias de interpretação e de aplicação da Carta a nível nacional, tratar-se-á normalmente de casos excecionais. De todo o modo, não existe recurso dos tribunais nacionais para os tribunais da União, visto que estes não podem conhecer de litígios entre os particulares e as autoridades nacionais, mesmo por alegada violação do direito da União; o que pode haver é uma ação de incumprimento contra o Estado-membro, por iniciativa de outro Estado-membro ou da Comissão, por motivo de uma decisão judicial nacional que viole o direito Europeu, nos termos gerais, como já se referiu.

Caso mais melindroso é o do possível conflito de normas da CDFUE e da Constituição nacional, ambas aplicáveis aos casos em que o juiz nacional aprecia a validade de qualquer ato de uma autoridade nacional praticado sob a égide do direito europeu. Nesse caso o juiz nacional está perante um conflito de obediências: deve obediência à constituição nacional, por ser a norma suprema da ordem jurídica do tribunal da causa; deve obediência à CDFUE, por se tratar de um caso que cai no âmbito de aplicação de direito Europeu, tendo aquela igualmente pretensões de supremacia, dado o princípio "constitucional" da UE da primazia do direito europeu sobre os direitos nacionais.

As hipóteses de discrepância entre a CDFUE e os elencos nacionais de direitos fundamentais são assaz remotas, dada a fundamental coincidência entre a primeira e os segundos. Em todo o caso, em caso de conflito, deve prevalecer a Carta, por efeito do princípio da primazia do direito da União, o qual vincula também os tribunais nacionais. Excetuar-se-á, porém, por efeito do art. 53.º da própria CDFUE, os casos em que o direito nacional ofereça um nível mais elevado de proteção do direito fundamental em causa do que o proporcionado pela CDFUE, devendo então prevalecer aquele.

19. RELEVÂNCIA POLÍTICA DA CARTA

Além da sua relevância jurídico-constitucional, a CDFUE também possui grande relevância política.

De facto, sendo ela o padrão de direitos fundamentais da UE, ela é desde logo relevante para aferição do preenchimento dos requisitos de adesão de novos países à União (os chamados "critérios de Copenhaga" de 1993), tal como previsto no art. 49.º do TUE. Quem não passar no teste da CDFUE não pode entrar na UE.

Em segundo lugar, ela é também a primeira referência para efeitos de aplicação do art. 7.º do Tratado da UE (sanções por violação grave dos direitos fundamentais da União pelos Estados-membros) e antes disso para justificar advertências políticas contra qualquer ação nacional eventualmente desconforme com a Carta, como sucedeu no recente caso da lei de imprensa húngara de 2011. Os Estados-membros têm de respeitar no seu direito interno, e na sua prática, o paradigma da CDFUE.

Em terceiro lugar, ela deve pautar também a ação externa da União em prol dos direitos humanos, tal como estabelecido no art. 21.º do TUE. Um dos requisitos da ação externa da UE é o respeito e a promoção dos direitos humanos.

Não deve também esquecer-se a possível influência da CDFUE sobre os *bills of rights* nacionais. Embora a Carta não seja "direito comum" obrigatório dos Estados-membros, é natural esperar que ela venha a ter influência no sentido do alinhamento nacional pelo padrão europeu, incluindo por via de interpretação judicial das cartas nacionais de direitos fundamentais. A longo prazo, a Carta pode vir a tornar-se em paradigma da proteção dos direitos fundamentais comum a todos os Estados-membros da UE e como património identitário da integração "constitucional" europeia.

20. A CARTA COMO FATOR DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA UE

Por último, mas não menos importante, a CDFUE apresenta-se como o elemento mais proeminente da "federalização" e da "constitucionalização" da UE.

Embora a UE não seja um Estado federal propriamente dito, a verdade é que dispõe de alguns traços eminentes da "estatalidade" e de federalismo, incluindo órgãos próprios, poderes de autoridade diretos sobre pessoas e outras entidades jurídicas, atribuições amplas (algumas exclusivas), um parlamento diretamente eleito com poderes legislativos e orçamentais e duas câmaras representativas dos Estados-membros (o Conselho Europeu e o Conselho da União) e tribunais próprios.

Falta-lhe a competência para decidir a sua própria competência (*Kompetenz-Kompetenz* na terminologia alemã), pois as suas competências são-lhes conferidas pelos Estados-membros, embora estes só a possam recuperar por alteração unânime dos Tratados ou por saída da União, e falta-lhe um poder constituinte próprio, pois os seus instrumentos jurídicos básicos – a sua "constituição material" – estão vertidos em tratados internacionais entre os Estados-membros que só podem ser alterados por unanimidade, embora as modificações dos Tratados sejam crescentemente decididas previamente a nível das instituições europeias.

Quanto à sua vertente "constitucional", a Carta, para além da sua origem "convencional", à margem de acordos intergovernamentais, possui dois traços eminentemente constitucionais. Primeiro, ela visa limitar o poder político da União face aos seus cidadãos e às pessoas sujeitas à sua ação; segundo, ela visa densificar a cidadania europeia e fundar a autonomia das pessoas e em geral das entidades particulares face ao poder da União. Foi para isso que o constitucionalismo nasceu no século XVIII, na luta pela limitação dos poderes do Estado. Assim nasce também o "constitucionalismo europeu", mais de dois séculos depois.

Quanto à vertente "federal", ao estabelecer a nível da União um *bill of rights* vinculante para as suas autoridades (e para as autoridades nacionais quando atuam ao abrigo do direito da União), a Carta replica os Estados federais quanto aos dois níveis sobrepostos de proteção dos direitos fundamentais. E tal como sucedeu em vários processos de federalização por agregação de Estados preexistentes, a começar pelos Estados Unidos da América, o *bill of rights* federal só surgiu num segundo momento, sem integrar desde o início o "pacto federal". A CDFUE vem suscitar o mesmo problema de "interjusfundamentalidade", que os Estados federais desde sempre conhecem.

Se o Tratado de Maastricht criou a cidadania europeia, o Tratado de Lisboa, ao conferir força jurídica suprema à CDFUE, deu mais um passo decisivo no sentido da constitucionalização substantiva da União Europeia como entidade federal.

[Nota: O presente artigo tem sua origem na lição proferida em São Paulo, no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, no dia 02.06.2011. O texto agora publicado insere alguns aditamentos, incluindo as notas, e é uma versão ampliada da nota introdutória à CDFUE inserida em: PORTO, Manuel et al (eds.). *Anotação aos Tratados da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Ed., no prelo.]

21. BIBLIOGRAFIA

AA.VV. La Charte de droits fondamentaux de l'Union Européenne. *Revue Universelle des Droits de l'Homme*. vol. 12. n. 1-2, 2000.

AA.VV. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2006.

MOREIRA, Vital. Os direitos fundamentais na União Europeia. *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

SOARES, António Goucha. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização, de Flávia Piovesan – *RDCI* 37/109.