56479

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 19 • vol. 92 • set.-out. / 2011

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 19 • vol. 92 • set.-out. / 2011

Presidência
Marta Saad

Caardenação
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 Orsini Martinelli, José Danilo Lobato, Karyna Sposato, Juliana Garcia Belloque, Luciano Anderson de Souza, Luciano Feldens, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Maira Rocha Machado, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Marina Pinhão Coelho Araujo, Pedro Vieira Abramovay, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Delmanto Júnior, Rodrigo de Grandis, Rodrigo 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 Pierangelli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luís Greco, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

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

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

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

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 19 • vol. 92 • set.-out. / 2011

Coordenação

HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Publicação oficial da

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

Repositório de Jurisprudência autorizado pelos Tribunais Regionais Federais das 1.ª, 4.ª e 5.ª Regiões.

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN1415-5400

Revista Brasileira de **Ciências Criminais**

Ano 19 • vol. 92 • set.-out. / 2011

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.

© 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: [10-2011]
Profissional
Fechamento desta edição: [20.10.2011]

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

Assessores da Presidência
Adriano Galvão
Rafael Lira

Conselho Consultivo

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

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Biblioteca
Ivan Luís Marques da Silva

Boletim
Fernanda Regina Vilares

Coordenadorias Regionais e Estaduais
Adriano Galvão

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

15.º Concurso de Monografia de Ciências Criminais
Diogo Rudge Malan

17.º Seminário Internacional
Carlos Alberto Pires Mendes

Coordenadorias Regionais

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

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

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

4.ª Região (Alagoas e Sergipe) – Daniela Carvalho Almeida da Costa

5.ª Região (Espírito Santo e Rio de Janeiro) – Márcio Barandier

6.ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins) – Pierpaolo Bottini

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

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

Coordenadorias Estaduais

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

2.º Estadual (Pernambuco) – André Carneiro Leão

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

4.º Estadual (Minas Gerais) – Felipe Martins Pinto

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

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

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

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

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

SUMÁRIO

Teoria Geral

1. Problemática penal no Tribunal Constitucional português
   Maria João Antunes 13
2. O controle da criminalidade organizada no Estado Social de Direito: aspectos dogmáticos e de política criminal
   Sergio Moccia 31

Parte Especial

1. A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro
   João Daniel Rassi 61

Legislação Penal Especial

1. As questões fundamentais de uma legislação penal sobre drogas (esboço de uma legislação penal comparada sobre drogas)
   Krisztina Karsai 97

Processo Penal

1. Secret Surveillance. Measures of Secret Investigation in the Criminal Process
   Hans-Joerg Albrecht 123
2. Atualidade e importância do *habeas corpus* no Brasil
   Nino Oliveira Toldo 155

Crime e Sociedade

1. La urgencia (y los horizontes) de una política criminal humanista
   Mariano Hernán Gutiérrez 175

Direito Penal Econômico

1. Breves anotações sobre a Lei de Lavagem de Dinheiro
   André Luís Callegari, Carlos Eduardo Scheid e Roberta Lofrano Andrade 219

2. Derecho penal del trabajo: un reto para la integración penal supranacional
JUAN M. TERRADILLOS BASOCO 261

3. Limites e alternativas à administrativização do Direito Penal do Ambiente
ÉRIKA MENDES DE CARVALHO 299

4. *Quo vadis?* – El cumplimiento normativo
RAÚL CERVINI 337

DIREITO PENAL INTERNACIONAL

1. Los primeros casos a nivel internacional de aplicación autónoma del concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder: los casos contra Omar Al Bashir, Muammar Gaddafi y Abdullah Al-Senussi
HÉCTOR OLÁSOLO ALONSO 369

2. O esclarecimento da verdade sobre graves violações dos direitos humanos
JAN-MICHAEL SIMON 403

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

1. Casa de prostituição (art. 229 do CP) e Direito Penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467)
LUÍS GRECO 431

RESENHA

1. *Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*, de Alvino Augusto de Sá
Resenha por BRUNO SHIMIZU E VIVIAN CALDERONI 461

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 469

TEMAS 470

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 475

ERRATA

Na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 91, na pág. 413, no artigo "El compromiso de Kampala sobre el crimen de agresión", tradução de CLAUS KRESS E LEONIE VON HOLTZENDORFF, não foram publicadas as seguinte informações que deveriam constar em nota de rodapé:

– Este artículo está dedicado a Benjamin Ferencz, en admiración. Su contribución al debate sobre el crimen de agresión es ampliamente conocida. Entre otras muchas obras, publicó un monumental estudio: *Defining International Aggression – The Search for World Peace: A Documentary History and Analysis*, 2 vols. (Dobbs Ferry, New York: Oceana Publications, 1975). Asimismo B. Ferencz ha seguido las negociaciones diplomáticas en todos los momentos cruciales y fue incansable a la hora de recordar a los delegados su responsabilidad para avanzar en un espíritu constructivo.

– Traducción del alemán y del inglés a cargo de la Dr. D.ª Carmen Demelsa Benito Sánchez (Profa. Asociada de Derecho penal de la Universidad de Salamanca) y D.ª Ana M.ª Garrocho Salcedo (Profa. Ayudante de Derecho penal de la Universidad Carlos III de Madrid).

– El presente artículo fue publicado en inglés en 8 *Journal of International Criminal Justice* (2010), p. 1179-1217. Los autores desean expresar su sincero agradecimiento a la Dra. Carmen Demelsa Benito Sánchez y a Ana M.ª Garrocho Salcedo por la traducción al español, y a la Dra. Claudia Cristina Jiménez Cortés (Profa. Titular de Derecho Internacional de la Universitat Autónoma de Barcelona), al Dr. Christopher Tulloch (Prof. Asociado de Periodismo de la Universitat Pompeu Fabra) y a Fernanda Milllicay (diplomática, miembro de la delegación argentina en la Conferencia de Kampala) por su valiosa colaboración. Las opiniones vertidas en este artículo son personales.

56480

PROBLEMÁTICA PENAL NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

1

MARIA JOÃO ANTUNES

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional português.

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Penal

RESUMO: Enquadramento da jurisdição constitucional portuguesa e explicitação dos princípios constitucionais, não escritos, do "direito penal do bem jurídico", da culpa, da proporcionalidade das sanções penais e da socialização do condenado; bem como dos princípios constitucionais, expressamente consagrados, da legalidade e da aplicação da lei penal mais favorável.
Enquadramento e explicitação a partir da jurisprudência constitucional portuguesa, com uma especial referência às decisões em matéria de interrupção voluntária da gravidez, tendo presente a repartição de poderes entre o legislador e o Tribunal Constitucional e entre este e os outros tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição constitucional - Separação de poderes - Legitimidade da intervenção penal - Princípio da legalidade - Aplicação da lei mais favorável.

ABSTRACT: Portuguese constitutional jurisdiction in general and explicitation both, the unwritten constitutional principles of: the "criminal law of the legal asset", the guilt, the proportional aspect of criminal sanctions and the socialization of the convict as well as the constitutional principles expressly established, the legality and the application of the most favorable criminal law.
Through the Portuguese constitutional jurisprudence, with special reference to the decisions related to voluntary pregnancy termination, taking into account the power distribution between the legislator and the Constitutional Court and between this and the other courts.

KEYWORDS: Constitutional jurisdiction - Separation of powers - Legitimacy of the criminal intervention - Legality principle - Application of the most favorable law.

SUMÁRIO: 1. Jurisdição constitucional portuguesa - 2. Princípios jurídico-constitucionais não escritos: 2.1 Princípio do "direito penal do bem jurídico"; 2.2 Princípio da culpa; 2.3 Princípio da proporcionalidade das sanções e princípio da socialização do condenado - 3. Princípios constitucionais expressamente consagrados: 3.1 Princípio da legalidade; 3.2 Admissibilidade de sentenças aditivas e substitutivas; 3.3 Princípio da aplicação da lei penal mais favorável - 4. Concluindo - 5. Bibliografia.

1. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PORTUGUESA

De acordo com a Constituição da República Portuguesa (CRP), "o Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional". É um órgão jurisdicional do Estado constitucional, institucional e funcionalmente autónomo (arts. 209.°, n. 1, e 221.° da CRP).

Ao entendimento que acentua a competência extrajurisdicional que lhe está cometida, a dimensão política das decisões proferidas e a escolha política dos juízes que o integram, deve contrapor-se, fazendo nossas palavras de Gomes Canotilho, que "os problemas constitucionais, num Estado de direito democrático, são irredutíveis a 'questões jurídicas' puras ou a 'questões políticas juridicamente disfarçadas'. A dimensão política e a dimensão jurídica são as duas dimensões necessárias e incidíveis das questões constitucionais (Ridder), sendo tão unilateral classificar as funções exercidas por um tribunal constitucional como 'funções políticas em forma jurisdicional', como qualificá-las de 'funções jurisdicionais sobre matérias políticas'. O que caracteriza decisivamente a função de um tribunal constitucional é a sua 'jurisdicionalidade' (Gerichtsformigkeit) e a sua vinculação a uma medida constitucional material de controlo (Schlaich)".[1]

O princípio da autolimitação judicial, importado da jurisprudência americana, não deve continuar a ter o sentido que o juiz Marshall lhe emprestou, ou seja, o de que os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas. O princípio, enquanto princípio limitativo da jurisdição constitucional, deverá antes significar que ao tribunal cabe apreciar a violação dos parâmetros jurídico-constitucionais que conformem o comportamento político, desde que contenha a sua actividade nos limites da função jurisdicional. Continuando, porém, a ter o mérito irrecusável de expressar o entendimento de que o âmbito da jurisdição constitucional está delimitado negativamente pelos outros poderes do Estado.[2] Dito de outra forma, mais ao jeito dos críticos da teoria da autolimitação: "Não assiste ao juiz constitucional o direito de autolimitar-se no exercício dos seus poderes

1. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 678 e ss.

2. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1308 e ss.; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 33.

(...), nomeadamente a pretexto de se tratar de 'questões políticas'".[3] O que ao Tribunal Constitucional não compete, de um ponto de vista funcional, é tão só "emitir *valorações* (que não sejam as que a Constituição permite), para controlar os *objectivos políticos* do legislador quanto à sua *correcção* e *oportunidade*, bem como os *prognósticos* feitos pelo legislador, quanto ao resultado futuro da sua obra".[4]

A fiscalização da constitucionalidade a cargo do Tribunal Constitucional está ao serviço da Constituição, em cumprimento do princípio da constitucionalidade a que, o art. 3.º, n. 3, da CRP dá acolhimento, prescrevendo que *a validade das leis depende da sua conformidade com a Constituição*. Não está, propriamente, ao serviço do legislador, ainda que em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional acabe por assumir o papel de defensor da lei, designadamente quando aprecia normas cuja aplicação foi recusada pelo tribunal recorrido com fundamento em inconstitucionalidade.[5]

O juiz constitucional é antes a *boca que pronuncia* as palavras da Constituição.[6] "A ideia da soberania do parlamento e da intangibilidade e onipotência da lei parlamentar perdeu definitivamente terreno a favor da concepção da soberania e da supremacia da Constituição e do carácter constituído e subordinado do Poder Legislativo", o que vale por dizer que: "A vontade política da *maioria governante* em cada momento não pode prevalecer contra a vontade da *maioria constituinte* incorporada na Lei fundamental".[7]

A prevalência do princípio da constitucionalidade sobre o princípio da maioria não significa, obviamente, que este princípio tenha deixado de ser critério delimitador dos poderes do juiz constitucional. Subsiste uma margem de livre conformação constitucionalmente imposta pelo princípio da separação dos Poderes, que varia, necessariamente, em função da natureza e do grau

3. Cf. MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. p. 194.

4. Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 25/1984. Os acórdãos do Tribunal Constitucional estão disponíveis em: [www.tribunalconstitucional.pt].

5. Salienta este aspecto: ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. p. 76 e ss. Em sentido divergente, MEDEIROS, Rui, op. cit., p. 65 e ss.

6. Cf. PALMA, Fernanda. O legislador negativo e o intérprete da Constituição. *O Direito* III/523 e ss.

7. Cf. MOREIRA, Vital, op. cit., p. 179.

de determinação das normas constitucionais, conduzindo à "distinção entre uma *concretização jurídica-interpretativa* e uma *concretização jurídica-política* da Constituição", com reflexos nos poderes, maiores ou menores, do juiz constitucional.[8] Na linguagem de Dworkin, a Constituição impõe *regras*, estabelece *princípios* e consagra *políticas*, havendo por isso *matérias* mais *sensíveis à escolha* do que outras.[9]

O confronto entre os poderes do juiz constitucional e os poderes do legislador poderá mesmo levar ao estabelecimento de limites ao princípio da interpretação conforme a Constituição e à questão da admissibilidade de *sentenças aditivas* e *substitutivas*, segundo o modelo italiano das *sentenças manipulativas*.[10] O que poderá assumir contornos específicos na problemática penal, pelo peso que nela tem o princípio da legalidade criminal e, em particular, por ser especificamente da competência exclusiva do parlamento, salvo autorização ao governo, legislar em matéria de definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos (art. 165.°, n. 1, *c*, da CRP).

Num sistema de controlo da constitucionalidade como o português, que combina o controlo concentrado de normas, de modelo austríaco, com a fiscalização difusa, de modelo americano (à margem do modelo de mero incidente de inconstitucionalidade), todos os tribunais são órgãos da justiça constitucional, não podendo "aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados" nos feitos submetidos a julgamento, segundo a estatuição do art. 204.° da CRP.[11]

Nas relações entre os outros tribunais e o Tribunal Constitucional a este compete, estritamente, a apreciação da norma tal como interpretada pela de-

8. Cf. ANDRADE, J. C. Vieira de, op. cit., p. 80 e ss. Sobre a problemática aqui implicada, cf. GOMES, Mariângela Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 212 e ss.

9. Sobre isto, SOUSA BRITO, José de. Jurisdição constitucional e princípio democrático. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10.° Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. p. 41 e ss.

10. Sobre isto, em geral, CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. A justiça constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas. *VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 1987. p. 57 e ss., CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1002 e ss., 1310 e ss., e 1019, MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 196 e ss.; e MEDEIROS, Rui. Op. cit., p. 469 e ss.

11. Para uma caracterização do sistema português de controlo da constitucionalidade: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 917 e ss.; e MEDEIROS, Rui. Op. cit., p. 17 e ss.

cisão recorrida, não lhe cabendo sindicar a boa ou má interpretação do direito infraconstitucional (aplicado no caso ou desaplicado com fundamento em inconstitucionalidade), o que faria dele uma outra instância de revista (um tribunal de superevisão).[12] É, por isso, pertinente, no âmbito da fiscalização concreta, a questão de saber se o Tribunal Constitucional pode proferir sentenças interpretativas, sendo mesmo questionada a constitucionalidade do art. 80.º, n. 3, da Lei do Tribunal Constitucional, segundo o qual: "No caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa".

2. PRINCÍPIOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS NÃO ESCRITOS

Na tarefa de intérprete da Constituição, que lhe está naturalmente cometida, o Tribunal Constitucional chegou a três parâmetros fundamentais de controlo da constitucionalidade de normas penais: o princípio jurídico-constitucional do "direito penal do bem jurídico", na denominação que lhe deu Figueiredo Dias, por ocasião do 25.º Aniversário do Tribunal Constitucional;[13] o princípio jurídico-constitucional da culpa; e o princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade das sanções penais.

Estes princípios, apesar de não escritos, integram o "bloco da constitucionalidade", na medida em que são reconduzíveis ao programa normativo constitucional, surgindo como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente explanados.[14]

2.1 Princípio do "direito penal do bem jurídico"

O princípio jurídico-constitucional do "direito penal do bem jurídico", enquanto parâmetro de controlo da constitucionalidade de normas incrimi-

12. Reiteram este entendimento, entre muitos outros, os Acórdãos do Tribunal Constitucional 713/2004, 61/2007 e 183/2008. Cf., porém, infra ponto 3.1. Especificamente sobre a questão referida de seguida: MEDEIROS, Rui. Op. cit., p. 363 e ss.

13. DIAS, Jorge de Figueiredo. O "direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. *XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 31 e ss.

14. Assim, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 920 e ss. e 1195 e ss. Expressamente neste sentido, cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 634/1993.

natórias a partir dos critérios da dignidade penal do bem jurídico e da necessidade da intervenção penal (da carência de tutela penal), começou por ser fundado nos princípios constitucionais da justiça e da proporcionalidade, enquanto princípios decorrentes da ideia de Estado de direito democrático, consignada no art. 2.º da CRP. Presentemente a base de sustentação passa antes pelo princípio da proporcionalidade, expressamente aflorado no art. 18.º, n. 2, da CRP, a partir da revisão constitucional de 1982, de acordo com o qual, as restrições legais aos direitos liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição, têm de "limitar-se ao necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos".[15]

Em matéria de interrupção voluntária da gravidez aqueles critérios são particularmente evidentes. Logo em 1984, em sede de fiscalização preventiva e, depois, sucessiva da constitucionalidade de normas relativas à exclusão da ilicitude em casos justificados à luz do modelo das indicações (médica, por lesão no nascituro e criminal), o juízo de não inconstitucionalidade, então feito pelo Tribunal Constitucional, passou pela afirmação prévia de um bem jurídico-penal, de um bem jurídico digno de tutela penal, e pela averiguação subsequente da necessidade de intervenção penal, ajuizando da adequação, da necessidade e da proporcionalidade (em sentido estrito) desta mesma intervenção.[16]

Estes dois momentos são também identificáveis nos acórdãos sobre a conformidade constitucional e legal de pergunta que foi objecto de referendo em matéria de descriminalização/despenalização da interrupção voluntária nas primeiras 10 semanas de gravidez e no aresto que, já em sede de fiscalização abstracta sucessiva, não declarou a inconstitucionalidade das normas de acordo com as quais não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando

15. Por apelo aos critérios da dignidade penal do bem jurídico e da necessidade da intervenção penal, foi declarada, com força obrigatória geral, por violação dos arts. 2.º e 18.º, n. 2, da CRP, "a inconstitucionalidade da norma do art. 132.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, na parte em que estabelecia a punição daquele que, sendo tripulante de um navio e sem motivo justificado, o deixasse partir para o mar sem embarcar, quando tal tripulante não desempenhasse funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do mesmo navio (Acórdão 527/1995).

16. Cf. Acórdãos 25/1984 e 85/1985.

for realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez, após um período de reflexão não inferior a três dias a contar da data da realização da primeira consulta destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável.[17]

Da jurisprudência constitucional relativa à interrupção voluntária da gravidez retiram-se, com relevo para a problemática penal, cinco ideias fundamentais:

Primeira: O art. 24.º da CRP, segundo o qual *a vida humana é inviolável*, além de garantir a todas as pessoas um direito fundamental à vida, subjectivado em cada indivíduo, integra igualmente uma dimensão objectiva, em que se enquadra a protecção da vida humana intrauterina;

Segunda: A protecção da vida humana em gestação não assume, porém, o mesmo grau de densificação nem as mesmas modalidades que a protecção do direito à vida individualmente subjectivado em cada ser humano já nascido. Podendo, portanto, ter de ceder, quando esteja em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionalmente protegidos;

Terceira: Tão pouco é a mesma a protecção da vida humana em gestação nas diferentes fases de gravidez. Há um crescendo de intensidade tuteladora, consoante o maior tempo de gravidez, que acompanha a evolução da relação de *dualidade na unidade* que intercede entre a mulher e o nasciturno;

Quarta: Nada impõe constitucionalmente que a protecção da vida humana em gestação tenha de ser efectivada, sempre e em todas as circunstâncias, mediante meios penais, podendo a lei não recorrer a eles quando haja razões para considerar a penalização como inadequada, desnecessária ou desproporcionada, quando seja possível recorrer a outros meios de protecção mais apropriados e menos gravosos.

Quinta: O legislador goza de uma ampla margem de discricionariedade legislativa, balizada por duas proibições de sinal contrário: por um lado, o legislador não pode desrespeitar a *proibição de excesso*, por afectação, além do admissível, da posição jurídico-constitucional da mulher grávida; por outro, o legislador não pode desrespeitar a *proibição de insuficiência*, ficando aquém da medida mínima de cumprimento do dever de protecção do bem jurídico vida humana intrauterina.

17. Cf. Acórdãos 288/1998, 617/2006 e 75/2010, respectivamente. Relativamente a este último acórdão, cf. art. 142.º, n. 1, *e*, e 4, *b*, do Código Penal, Lei 16/2007, de 17 de abril, e Portaria 741-A/2007, de 21 de junho.

É jurisprudência constante e uniforme do Tribunal Constitucional que a autolimitação da sua competência de controlo face ao legislador começa quando intervenha o critério da "necessidade" (ou da "carência") de tutela penal, o ponto de harmonização do princípio da constitucionalidade com o princípio da maioria.

Não existindo injunções constitucionais expressas de criminalização, de um valor jurídico constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou de um dever fundamentais, não é legítimo deduzir *sem mais* a exigência de criminalização dos comportamentos que o violem, porque não pode ser ultrapassado "o inevitável entreposto constituído pelo critério da *necessidade* ou da *carência de pena*".[18] Este juízo cabe, porém, em primeira linha, ao legislador, ao qual é de reconhecer um largo âmbito de discricionariedade, só podendo a liberdade de conformação legislativa ser limitada em casos em que a punição criminal se apresente como manifestamente excessiva.[19]

A constância e uniformidade da jurisprudência constitucional já não é propriamente a mesma, quando nos reportamos estritamente ao critério da dignidade penal do bem jurídico, tendo em vista a incriminação actual do lenocínio. Mais concretamente a eliminação legal da exigência de que o favorecimento da prostituição se ligue à "exploração de situações de abandono ou de necessidade económica".

---

18. Diferentemente da Constituição Federal brasileira, na Constituição portuguesa não há, de todo, injunções expressas de criminalização, ressalvado o que se dispõe no n. 3 do art. 117.º: "A lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, bem como as sanções aplicáveis e os respectivos efeitos, que podem incluir a destituição do cargo ou a perda do mandato". Sobre esta problemática no Brasil, cf. SILVA FRANCO, Alberto. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da intervenção máxima. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais* 6/178 e ss.; PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 69 e ss.; e GOMES, Mariângela Magalhães. Op. cit., p. 111 e ss.

19. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 42 e ss. Cf., ainda, além dos tirados em matéria de interrupção voluntária da gravidez, os Acórdãos do Tribunal Constitucional 634/1993, 83/1995, 274/1998, 99/2002 e 605/2007.
Não mereceu, por isso, censura jurídico-constitucional, não obstante a existência de bens jurídicos dignos de tutela, a norma penal (art. 39.º da Lei 32/2006, de 26 de julho, diploma que regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida) que sanciona apenas a maternidade de substituição a título oneroso, deixando impune a maternidade de substituição a título gratuito (Acórdão do Tribunal Constitucional 101/2009).

Embora não de forma unânime, o Tribunal Constitucional tem vindo a julgar não inconstitucional a norma incriminatória que não faz depender a punição do lenocínio da "exploração de situações de abandono ou de necessidade económica", por invocação do *princípio da dignidade da pessoa humana*.[20] Nesta jurisprudência é detectável um desvio ao critério da dignidade penal do bem jurídico e à orientação jurisprudencial no sentido de que, por via de regra, não são dedutíveis do princípio e só dele "soluções jurídicas concretas". O que contraria a dupla "estratégia" que o Tribunal Constitucional foi adoptando e que se foi traduzindo "em *não fixar* o conteúdo do princípio e em *não sobredimensionar* o seu 'alcance prescritivo'".[21]

Por seu turno, a doutrina tem entendido, relativamente à incriminação do comportamento de quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa da prostituição (art. 169.º do Código Penal), que, tendo o legislador eliminado a exigência de que o favorecimento da prostituição se ligasse à "exploração de situações de abandono ou de necessidade económica", eliminou a referência do comportamento ao bem jurídico da liberdade e da autodeterminação sexual, tornando-se infiel ao princípio do direito penal do bem jurídico.[22] Em crítica ao julgamento de não inconstitucionalidade da norma penal que prevê e pune o lenocínio, Figueiredo Dias já chamou a atenção que, em matéria penal, o princípio da dignidade da pessoa humana não deve ser invocado como "princípio prescritivo dotado de um conteúdo fixo, imutável e apto à subsunção e como tal imediatamente aplicável a concretas situações de vida. Não é essa a natureza do princípio, como não é essa a função de que surge investido em matéria penal; antes sim a de se erguer como um veto inultrapassável a qualquer actividade do Estado que não respeite aquela dignidade e, deste modo, antes que como *fundamento*, como *limite absoluto* da intervenção estadual".[23]

---

20. Cf. Acórdãos 144/2004, 196/2004, 303/2004, 170/2006, 396/2007, 522/2007 e 591/2007.

21. Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. *Relatório português da 9.ª Conferência Trilateral Portugal, Espanha e Itália*. A dignidade do homem como princípio constitucional. 01 a 03.10.2007. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt].

22. Assim: DIAS, Jorge de Figueiredo DIAS. Op. cit., p. 39 e ss. Cf., ainda: RODRIGUES, Anabela Miranda. *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte especial*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. t. I. (comentário ao art. 170.º, § 1 e ss.); e ALMEIDA, Carlota Pizarro de. Ac. TC 144/04 (crime de lenocínio no artigo 170.º, n. 1, do Código Penal). *Jurisprudência Constitucional* 7/21 e ss.

23. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 41.

2.2 Princípio da culpa

O *princípio jurídico-constitucional da culpa* é um dos outros princípios que a jurisprudência fez derivar de um princípio constitucional positivamente consagrado – o princípio da *dignidade da pessoa humana*. "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana, sendo inviolável a integridade moral das pessoas" (arts. 1.º e 25.º, n. 1, da CRP).[24]

Segundo a jurisprudência constitucional, o princípio jurídico-constitucional da culpa exprime-se, em direito penal, a vários níveis: impede a responsabilização objectiva; obsta à punição sem culpa e à punição que exceda a culpa, o que já levou à censura constitucional de normas que previam penas fixas,[25] além de vedar a incriminação de condutas destituídas de qualquer ressonância ética.[26]

2.3 Princípio da proporcionalidade das sanções e princípio da socialização do condenado

O *princípio da proporcionalidade das sanções penais* é um outro princípio que a jurisprudência constitucional tem feito decorrer do já mencionado art. 18.º, n. 2, da CRP. É, no entanto, reiterado e uniforme o entendimento de que o Tribunal Constitucional só deve censurar as soluções legislativas que contenham sanções que sejam manifesta e claramente excessivas. Assim devendo ser, "porque se o Tribunal fosse além disso, estaria a julgar a bondade da própria solução legislativa, invadindo indevidamente a esfera do legislador que, aí, há-de gozar de uma razoável liberdade de conformação".[27]

---

24. Cf. Acórdãos do Tribunal Constitucional 43/1986, 426/1991, 83/1995, 274/1998 e 605/2007.

25. Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 124/2004. Sobre isto, cf., ainda, Acórdão 344/2007.

26. No entendimento do Tribunal Constitucional, o crime de tráfico de estupefacientes tem ressonância ética, não obstante o legislador o ter configurado como crime de perigo abstracto, configuração que é constitucionalmente conforme desde que passe o teste da razoabilidade da antecipação da tutela do bem jurídico-penal (Acórdão 426/1991). Neste mesmo sentido, mais recentemente, cf .o Acórdão 95/2011. Relativamente à admissibilidade de crimes de perigo concreto, cf. Acórdão 62/1999.

27. Cf. Acórdãos 574/1995, 958/1996, 329/1997 e 108/1999. Com frequência, foi requerida ao Tribunal a apreciação de normas incriminatórias constantes do Código de Justiça Militar. Através de uma das suas decisões, o Tribunal acabou por julgar

O princípio da proporcionalidade das sanções integra a Constituição penal, a par de variadíssimas disposições constitucionais expressas em matéria sancionatória. Tais como as que proíbem penas cruéis, degradantes ou desumanas (art. 25.º, n. 2), penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior (art. 29.º, n. 3), penas ou medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida (30.º, n. 1), bem como a que proíbe a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos enquanto efeito necessário da pena (30.º, n. 4).

Este último parâmetro de controlo é frequentemente convocado quer na fiscalização concreta quer na fiscalização abstracta sucessiva de normas. Por exemplo, na apreciação de normas de direito eleitoral, que foram declaradas inconstitucionais, com força obrigatória geral, por violação da proibição constitucional da perda de quaisquer direitos políticos enquanto efeito necessário da pena, "na parte em que estabeleciam a incapacidade eleitoral activa dos definitivamente condenados a pena de prisão por crime doloso (ou por crime doloso infamante) enquanto não houvessem expiado a respectiva pena".[28] É aqui clara a intenção do legislador constituinte em evitar efeitos estigmatizantes, o que se revela de igual forma na norma constitucional que estatui que: "Os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução" (30.º, n. 5). Devendo salientar-se, a este propósito, que na falta de disposição constitucional expressa, a jurisprudência constitucional autonomizou o princípio da ressocialização (o princípio da socialidade) a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (arts. 1.º e 25.º, n. 1) e de outras normas constitucionais expressas (arts. 1.º, 2.º e 9.º, *d*), concluindo que incumbe ao Estado a tarefa de proporcionar ao condenado as condições necessárias para a sua reintegração na sociedade.[29]

---

inconstitucional, por violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade, em articulação, uma norma deste Código, na medida em que estabelecia pena desproporcionadamente superior às previstas para o mesmo tipo de crime no Código Penal.

28. Cf. Acórdão 748/1993. Convoca o mesmo parâmetro, entre outros, o Acórdão 239/2008.

29. Assim, Acórdãos 43/1995 e 427/2009.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EXPRESSAMENTE CONSAGRADOS

Já o princípio da legalidade criminal logra consagração explícita no texto constitucional. Um Estado de direito democrático como é a República Portuguesa (art. 2.º da CRP) deve proteger o indivíduo não apenas *através* do direito penal, mas também *do* direito penal,[30] devendo, por isso, a intervenção penal ser submetida ao princípio da legalidade, expressamente consagrado no art. 29.º da CRP, cujo conteúdo essencial, em matéria incriminatória, se traduz em não poder haver *crime* que não resulte de *lei prévia, escrita, certa* e *estrita*.[31] Não se trata, porém, "apenas de um qualquer princípio constitucional mas de uma 'garantia dos cidadãos', uma garantia que a nossa Constituição – ao invés de outras que a tratam a respeito do exercício do Poder Jurisdicional – explicitamente incluiu no catálogo dos direitos, liberdades e garantias relevando, assim, toda a *carga axiológico-normativa* que lhe está subjacente".[32]

3.1 Princípio da legalidade

Não obstante esta *carga* do princípio da legalidade em matéria criminal, são detectáveis divergências na jurisprudência constitucional quando o princípio é tido como parâmetro de controlo da constitucionalidade de normas penais. Mais uma vez, uma problemática em matéria penal centrada no modo com o Tribunal Constitucional se relaciona com o legislador parlamentar, de um lado, e com os outros tribunais, por outro.

As divergências não têm propriamente a ver com controlo da exigência de reserva de lei e de tipicidade da norma incriminatória, nomeadamente quando é questionada a conformidade constitucional de normas penais em branco, por invocação do parâmetro "princípio da legalidade" (arts. 29.º e 165.º, n. 1, *c*, da CRP).[33] Sobre isto, o Tribunal tem entendido que "uma norma penal em branco só é susceptível de violar o princípio da legalidade (no sentido de exigência de lei formal expressa que contemple o tipo legal de crime) e, como seu corolário, o princípio da tipicidade (no sentido da exigência

30. Cf. ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. München: Verlac C. H. Beck, 1992. p. 67.

31. Sobre isto: DIAS, Figueiredo. *Direito penal – Parte geral – Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. p. 177 e ss.

32. Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 183/2008.

33. Cf. Acórdãos 427/1995, 115/2008 e 428/2010.

de uma descrição clara e precisa do facto punível), quando a remissão feita para a norma complementar põe em causa a certeza e a determinabilidade da conduta tida como ilícita, impedindo que os destinatários possam apreender os elementos essenciais do tipo de crime". Segundo este entendimento jurisprudencial, "a legitimidade constitucional das normas penais em branco pode aferir-se em função do carácter meramente técnico e não inovador das normas de integração".

Os juízes constitucionais têm divergido relativamente à questão de saber se pode ser objecto de controlo de constitucionalidade uma norma relativamente à qual se invoque que a interpretação normativa do tribunal recorrido não se conteve no sentido possível das palavras da lei. Uma interpretação que terá transposto a barreira da moldura semântica do texto ou que terá mesmo desrespeitado a proibição de recurso à analogia. Por exemplo, o tribunal recorrido interpretou a expressão "como titular de um órgão de uma sociedade", constante de preceito do *Regime Geral das Infracções Tributárias* em matéria de actuação em nome de outrem, no sentido de abranger o *administrador de facto*;[34] o tribunal recorrido interpretou o art. 119.º, n. 1, do Código Penal, na redacção primitiva, no sentido de a prescrição do procedimento criminal se suspender com a declaração de contumácia, sem que esta causa de suspensão estivesse expressamente contemplada neste preceito legal.[35]

Como é entendimento reiterado do tribunal que o recorrente pode requerer a apreciação de uma *norma na sua totalidade*, em determinado *segmento* ou *segundo certa interpretação*, desde que mediatizada pela decisão recorrida, não se trata propriamente de negar carácter normativo àqueles critérios interpretativos, dotados da necessária abstracção e susceptíveis de invocação e aplicação numa pluralidade de situações concretas, e, por isso mesmo, controláveis do ponto de vista jurídico-constitucional à luz de um qualquer outro parâmetro. Como o sistema português de fiscalização da constitucionalidade não é de *recurso de amparo* ou de *queixa constitucional*, mas sim de *fiscalização* estritamente *normativa*, a questão tem residido antes em saber se o Tribunal Constitucional pode ou não fiscalizar o *processo interpretativo de obtenção da norma penal*, utilizando como parâmetro de controlo o princípio

34. Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 128/2010.

35. Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 183/2008, tirado em plenário, pelo qual se decidiu, por maioria, tomar conhecimento do objecto do recurso, apreciando se a norma em causa foi ou não obtida com desrespeito pela proibição de recurso à analogia.

jurídico-constitucional da legalidade criminal.[36] Se ao fazê-lo, está ainda a apreciar uma questão de *inconstitucionalidade normativa*, o que lhe é constitucionalmente permitido, ou se está já a controlar a *constitucionalidade do acto de julgamento*, o que já lhe está vedado. Se ao fazê-lo, o Tribunal Constitucional está, ainda, a administrar a justiça em matérias jurídico-constitucionais, exercendo a competência que a Constituição lhe atribui especificamente, ou se está já a sindicar uma interpretação do tribunal recorrido, alegadamente errónea, ao jeito de tribunal de revista.[37]

3.2 Admissibilidade de sentenças aditivas e substitutivas

A *reserva de lei* em matéria penal constitui para alguns um argumento adicional para a inadmissibilidade de princípio de sentenças *aditivas* e *substitutivas*. Para quem recuse este argumento ou o aceite apenas para decisões que modifiquem para pior, subsistirá, porém, contra o *activismo e a criatividade* do juiz constitucional, o argumento do princípio da separação entre o Poder Legislativo e o Poder Jurisdicional, ao jeito kelsiano do juiz constitucional como legislador negativo.[38]

A doutrina portuguesa é, maioritariamente, avessa à admissibilidade de princípio de sentenças modificativas, tolerando-as só a título excepcional. O mesmo se diga da jurisprudência constitucional portuguesa: só excepcionalmente é que poderá ser assinalado um certo conteúdo normativo às decisões de inconstitucionalidade, um efeito quase sempre associado a

---

36. Sobre o sistema português de controlo normativo: CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. *A jurisdição constitucional em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 29 e ss.; e MEDEIROS, Rui. Op. cit., p. 338 e ss., e 352 e ss.

37. Sobre esta problemática, com referências jurisprudenciais anteriores ao Acórdão 183/2008, cf. PALMA, Fernanda. Op. cit., p. 526 e ss.; e MEDEIROS, Rui. A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada da constitucionalidade. In: MIRANDA, Jorge (coord.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 190 e ss. Em sentido divergente: BARBOSA, Mafalda Miranda; RODRIGUES, João Pedro. Da (in)competência do Tribunal Constitucional para apreciar violações do Princípio da Legalidade Criminal: breve reposicionamento crítico em sede Metodológica. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria; DIAS, Jorge de Figueiredo (orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. vol. III, p. 83 e ss.

38. Sobre isto: MEDEIROS, Rui. Op. cit., p. 481 e ss., 493 e ss., e 501 e ss.

um juízo de desconformidade constitucional por violação do princípio da igualdade.

Tal sucedeu, por exemplo, nos acórdãos que, em sede de fiscalização concreta, julgaram inconstitucional, por violação do princípio da igualdade e dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade (arts. 13.º, n. 2; e 26.º, n. 1, da CRP), o art. 175.º do Código Penal, na redacção anterior à vigente depois de 2007, na parte em que punia a prática de actos homossexuais com adolescentes mesmo que se não verificasse, por parte do agente, abuso da inexperiência da vítima e na parte em que na categoria de actos homossexuais de relevo se incluíam actos sexuais que não eram punidos enquanto actos heterossexuais de relevo.[39] Na prática, tendo por referência a norma relativa à punição dos actos heterossexuais com adolescentes, o Tribunal Constitucional "substituiu" a norma julgada inconstitucional pela norma segundo a qual era punido quem praticasse com menor entre 14 e 16 anos de idade, cópula, coito anal ou coito oral, abusando da sua inexperiência, independentemente da natureza (homossexual ou heterossexual) destes actos sexuais de relevo.

3.3 Princípio da aplicação da lei penal mais favorável

Ainda a propósito do princípio da legalidade criminal, cumpre salientar que para jurisprudência constitucional portuguesa o princípio da aplicação da lei penal mais favorável é um princípio com autonomia, expressamente consagrado no art. 29.º, n. 4, da CRP, que encontra justificação no critério da necessidade de pena.

A questão que tem sido posta ao Tribunal Constitucional tem sido a de saber qual é, afinal, o âmbito de protecção da norma constitucional segundo a qual se aplicam retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido. A de saber se é admissível do ponto de vista jurídico-constitucional o estabelecimento de regras distintas consoante a lei nova seja uma lei descriminalizadora (ou equivalente) ou, diferentemente, uma lei da qual decorra apenas um regime mais favorável. No primeiro caso, o conteúdo de sentido do princípio da aplicação da lei penal mais favorável imporia a aplicação desta lei ainda que já tivesse havido condenação transitada em julgado. Mas já não no segundo caso, em que seria admissível ressalvar os casos já julgados. Precisamente porque da lei nova decorreria apenas um regime mais favorável.

39. Cf. Acórdãos 247/2005 e 351/2005.

O julgamento do Tribunal Constitucional foi, no passado, de não inconstitucionalidade do artigo do Código Penal que ressalvava da aplicação do regime penal mais favorável os casos em que o agente já havia sido condenado por sentença transitada em julgado (art. 2.º, n. 4). Mais recentemente, face à nova redacção do preceito, de acordo com a qual passou a ser sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente, prevendo-se a reabertura da audiência de julgamento para o efeito (art. 371.º-A do Código de Processo Penal), o Tribunal Constitucional voltou a fazer um julgamento de não inconstitucionalidade. Num e noutro momento a apreciação passou também pela questão complexa de saber se o caso julgado penal é ou não constitucionalmente protegido.[40]

4. CONCLUINDO

Não podemos negar especificidades à problemática penal na jurisdição constitucional. Mas em larga medida a problemática penal dilui-se na problemática geral do conteúdo de sentido do princípio da separação de poderes. Do poder do legislador e do juiz constitucional; do poder do Tribunal Constitucional e do poder dos outros tribunais.

Com a certeza, porém, que muita água correu debaixo das pontes, levando na corrente alguns dogmas, desde que o princípio da separação de poderes entrou na história do constitucionalismo. A dimensão negativa do princípio – o princípio da separação dos poderes enquanto instrumento de inibição dos poderes públicos em salvaguarda da liberdade individual dos cidadãos – cedeu campo a uma dimensão positiva que "assegura uma justa e adequada ordenação das funções do Estado e, consequentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais",[41] segundo um modelo em que a separação dos poderes é também interdependência destes mesmos poderes.

---

40. Cf., respectivamente, Acórdãos 644/1998, 677/1998, 169/2002 e 572/2003 e 164/2008 e 265/2008. Sobre isto: ANTUNES, Maria João. Abertura da audiência para aplicação retroactiva de lei penal mais favorável. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal – A reforma do direito processual penal português em perspectiva teórico-prática* 18/333 e ss.

41. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 250. Sobre a dimensão positiva do princípio da separação de poderes, cf., também, Acórdão do Tribunal Constitucional 214/2011.

5. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Carlota Pizarro de. Ac. TC n. 144/04 (crime de lenocínio no artigo 170.°, n. 1, do Código Penal). *Jurisprudência Constitucional*. n. 7. p. 21. Lisboa: Aatric, 2005.

ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10.° Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

ANTUNES, Maria João. Abertura da audiência para aplicação retroactiva de lei penal mais favorável. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal – A reforma do direito processual penal português em perspectiva teórico-prática*. ano 18. p. 333-346. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

BARBOSA, Mafalda Miranda; RODRIGUES, João Pedro. Da (in)competência do Tribunal Constitucional para apreciar violações do princípio da legalidade criminal: breve reposicionamento crítico em sede metodológica. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria; DIAS, Jorge de Figueiredo (orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. vol. III.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO DA COSTA. José Manuel M. *A jurisdição constitucional em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. A justiça constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas. *VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 1987.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O "direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. *XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 31 e ss.

_____. *Direito penal – Parte geral – Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

GOMES, Mariângela Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

_____. A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada da constitucionalidade. In: MIRANDA, Jorge (coord.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

PALMA, Fernanda. O legislador negativo e o intérprete da Constituição. *O Direito*. ano 140. n. III. p. 523 e ss. Coimbra: Almedina, 2008.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte especial*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. t. I.

ROXIN, Claus. Strafrecht. *Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. München: Verlag C. H. Beck, 1992.

SILVA FRANCO, Alberto. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da intervenção máxima. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. ano 6. p. 175-187. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

SOUSA BRITO, José de. Jurisdição constitucional e princípio democrático. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. Relatório português da 9.ª Conferência Trilateral Portugal, Espanha e Itália. A dignidade do homem como princípio constitucional. 01 a 03.10.2007. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt].

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A ressocialização do encarcerado como questão de responsabilidade social, de Viviane Coêlho de Séllos Gondim – *RCP* 6/353;
- A tutela penal constitucional, de Gianpaolo Poggio Smanio – *RBCCrim* 39/125;
- Bem jurídico-penal à luz da Constituição Federal de 1988, de Rafael Silva de Faria – *RCP* 13/275;
- O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena, de Ulfrid Neumann e Antonio Martins – *RBCCrim* 71/205;
- Princípio da retroatividade benéfica, de Paulo César Corrêa Borges – *RBCCrim* 56/148;
- Sociedade do risco: requiem pelo bem jurídico?, de Susana Aires de Sousa – *RBCCrim* 86/231; e
- Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade, de Alamiro Velludo Salvador Netto – *RBCCrim* 85/219.

56481

2 O CONTROLE DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA NO ESTADO SOCIAL DE DIREITO: ASPECTOS DOGMÁTICOS E DE POLÍTICA CRIMINAL

SERGIO MOCCIA

Professor titular de Direito Penal da Università degli Studi di Napoli "Frederico II".

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Penal

RESUMO: A crise nos sistemas de controle da gestão pública e tendências de concentração de poder associadas à expansão do fenômeno da criminalizadade organizada para além de suas zonas de origem têm conduzido a uma significativa ampliação da intervenção penal. Esta, por vezes, tem revelado-se a única forma de manifestação da presença do Estado nesse campo, e implicado um indesejável protagonismo e comprometimento da magistratura em face da inoperância de outros órgãos. Porém, a despeito da proliferação de normas emergenciais nessa seara – as quais, ao reduzir o fenômeno a uma mera questão de ordem pública, não reconhecem a sua complexidade – é necessário repeitar-se a Constituição e os valores do Estado Social de Direito, buscando-se uma política criminal e uma técnica legislativa eficientes e racionais. Nessa medida, considerando-se que os delitos associativos fundam-se em vaguíssimos objetos de tu-

ABSTRACT: The crisis in the control systems of public administration and the trends of concentration of power associated with the expansion of the organized crime beyond its areas of origin have led to a significant increase of penal intervention. This has sometimes appeared to be the only evident presence of the State in this area, implying an undesirable prominence and exposure of the judiciary in light of the ineffectiveness of other agencies. However, despite the proliferation of emergency rulings in this regard – which, by reducing the phenomenon to a mere question of public order, ignores its complexity – it is necessary to comply with the Constitution and the values of a Social State based on the rule of Law, seeking efficient and rational criminal policy and legislative technique. Likewise, considering that associative crimes are based on rather vague objects of legal protection and – despite its symbolic significance – that

tela jurídica e que são de difícil demonstração no processo, propõe-se a sua substituição por um modelo mais realista que inclua na parte geral do direito penal da figura do concurso de pessoas qualificado pela estabilidade da organização e pelo vínculo associativo.

PALAVRAS-CHAVE: Criminalidade organizada - Legalidade - Ilegalidade - Ofensividade - Eficiência - Controle estatal - Estado de Direito.

they are very difficult to prove in the process, the author proposes its replacement by a more realistic model which includes in the general part of criminal law the official examination of people qualified by the stability of the organization and by its associative link.

KEYWORDS: Organized crime - Legality - Illegality - Harm principle - Effectiveness - State control - Rule of law.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Emergencialismo normativo, simbolismo e ineficiência - 3. A necessária busca pela eficiência, simplificação e racionalização da legislação antimáfia - 4. Disfuncionalidades dogmáticas da figura de associação criminosa de tipo mafioso: indeterminação descritiva e fluidez do objeto da tutela - 5. Dos problemas na parte especial à busca por sua solução na parte geral: da insegurança jurídica e inaplicabilidade à determinação, garantia e real afetação dos bens jurídicos - 6. Excessiva dilatação e incoerências da legislação premial - 7. Conclusão - 8. Bibliografia - Apêndice - Proposta de elaboração legislativa.

1. INTRODUÇÃO

Falarei aos senhores sobre uma história italiana[1] que receio possa valer como metáfora de uma realidade infelizmente muito difundida, também distante de minha sofrida terra.

Temos assistido a uma significativa ampliação da intervenção penal que, de um lado, propaga-se por âmbitos tradicionalmente considerados quase *ex lege* – criminalidade das classes político-administrativas e empresariais, inclusive de altos escalões – e, de outro, defronta-se com a expansão da criminalidade organizada para além de suas zonas de origem, assumindo dimensões inquietantes.

Sob o primeiro perfil, a ampliação da interveção é consequência da intensificação de uma relevante crise político-institucional, que nos últimos anos atingiu o ápice mediante uma verdadeira perversão do correspondente sistema em diversos níveis – a qual se manifesta em processos mais ou menos realizados de ilegalidade difusa, de clandestinização e de autoimunização do poder. A situação italiana oferece uma eloquente perspectiva dessa realidade.

1. Texto correspondente à conferência proferida pelo autor em São Paulo/SP, aos 26.08.2011, por ocasião do 17.º Seminário Internacional de Ciências Criminais, promovido pelo Ibccrim. Traduzido por Rogério Fernando Taffarello.

Sucedeu, com efeito, uma crescente afirmação de lógicas de loteamento privatístico e de clientelismo na gestão da coisa pública, com um progressivo desaparecimento de sistemas eficazes de controle seguido de uma tendencial concentração do poder e redução de transparência em seu bojo.

Esta crise manifestou, outrossim, a inidoneidade e a absoluta ineficiência das estruturas institucionais para a tarefa de garantir os controles das atividades político-administrativas e, assim, prevenir a degeneração criminal da gestão da coisa pública.

No que concerne à luta contra a criminalidade organizada, a ampliação da intervenção penal foi a consequência da assunção pelas organizações de uma especial consistência, de uma capacidade sem precedentes de penetração no território e nas mesmas instituições. Se a isso se soma a relevantíssima força econômica do crime organizado como empreendimento, a sua capacidade de operar e desafiar o livre mercado – com imissões nos circuitos econômico-financeiros de ingentíssimas quantidades de capitais –, o quadro de uma ilegalidade disseminada faz-se completo.

É cediço que o esvaziamento do poder legal em face de uma corrupção interna e de um funesto ataque externo por parte de organizações criminosas tornou a intervenção penal, para todos os efeitos, a forma principal, se não a única, de presença legal do Estado nesse campo.

De fato, a crise de legalidade e de legitimidade que acomete amplos setores do sistema conduziu a uma superexposição da magistratura, nesse contexto onerada com tarefas novas e investida de maiores poderes. Todavia, à medida que tal superexposição resulta também no comprometimento de garantias individuais, torna-se presente o risco de uma crise de legalidade e de legitimidade da ação da própria magistratura, que acaba por envolver-se na mesma crise institucional que atinge os outros setores do sistema.

O perigo é aquele costumeiro de emergirem formas de ação judiciária supletiva, objetivamente indevidas – sejam elas baseadas na carência ou no comprometimento de outros poderes – e de um inquietante protagonismo.

Sabemos que aquelas atividades eversivas, para realizarem seus objetivos – diferentes de um caso para outro – determinam o embrutecimento e o esfacelamento das instituições. A resposta eficaz a tais atividades criminais compreende, por certo, de forma imediata o momento da repressão direta, mas sempre garantindo a manutenção da legalidade, das liberdades fundamentais, especialmente aquelas que a Constituição impõe ao sistema penal. Rejeita-se, destarte, o modelo de intervenção judiciária de caráter exemplar-profético, tendente a oferecer uma imagem passional, individualista, moralista, e, em última análise,

vindicativa da Justiça, para recuperar a pacatez, a solidez, a confiabilidade da constante moderação das razões do indivíduo e da sociedade, através do inflexível, eventualmente obscuro mas reconfortante, respeito às regras do jogo.

2. EMERGENCIALISMO NORMATIVO, SIMBOLISMO E INEFICIÊNCIA

A legislação penal italiana[2] contra a criminalidade organizada representa uma típica expressão de conjunto de normas emergenciais, com todos os defeitos que conotam este tipo de providência: aproximação, caoticidade, rigorismo repressivo, simbolismo, fragilização de garantias. Basta apenas considerar que, nesse campo, desde 1982 exsurgiram dezenas de providências normativas, notadamente sob a forma – usual na legislação de emergência – de decretos-lei, frequentemente reiterados.[3] Tem-se assistido a uma confusa e incoerente sobreposição de medidas legislativas que, descoordenadas entre si, criaram um quadro normativo em que se revela complexa a reconstrução mesma do sistema.

Como se nota, esse tipo de normatização representa precisamente o oposto de uma técnica legislativa inspirada em critérios de política criminal eficiente e racional. Trata-se, com efeito, frequentemente de medidas caracterizadas pela improvização, a qual resulta evidente desde a absoluta carência de coordenação sistemática, verificada pela presença em uma mesma medida legislativa de matérias variadas, com a inevitável consequência do reenvio à cadeia normativa. Situação frequente em normas estabelecidas segundo o fim de oferecer, mediaticamente, formas improvisadas de repressão, derivadas, sobretudo, da reação emocional a – verdadeiros ou presumidos – episódios criminais graves.

---

2. Nota do tradutor: a fim de propiciar ao leitor maior rigor na observação dos textos legislativos mencionados pelo autor, e considerando-se tratar-se de aposições em nota de rodapé justamente para fins ilustrativos, as citações de textos de lei em rodapé serão feitas na língua original – sem prejuízo de suas respectivas traduções no corpo do texto, quando exigido por este.

3. Nota do tradutor: Semelhantemente ao que ocorre no Brasil com as medidas provisórias (e ocorreu, no passado, com os decretos-lei), o decreto-lei, no direito italiano, é um instrumento legislativo posto à disposição do Poder Executivo para casos de "extraordinária necessidade e urgência", de acordo com o art. 77, §§ 2.° e 3.°, da Constituição italiana de 1947, que, ademais, impõe a perda de eficácia do decreto-lei que não resulta convertido em lei após 60 dias de vigência. Em face desta hipótese, com o passar do tempo, frequentes se tornaram as reiterações de decretos-lei substancialmente idênticos a seus antecessores decaídos, subvertendo-se o devido processo legislativo – providência posteriormente contida, em certa medida, pela sentença n. 360/1996 da Corte Constitucional.

Outras características emergenciais provêm do aumento do rigor sancionatório, da introdução de novos tipos associativos na legislação, da intensificação do recurso a medidas de prevenção, do automatismo em matéria de custódia cautelar, da involução na disciplina das provas, da valorização da colaboração judiciária do investigado ou acusado – inclusive em temos de clemencialismo indulgencial – e das previsões de formas rigorosíssimas de encarceramento, bem assim as legítimas exigências de isolamento do exterior, que emergem vinculadas a elementos próprios das associações criminais.

Em realidade – e que esteja bem claro –, confiar apenas ao direito penal o problema da criminalidade em geral e o da criminalidade organizada em particular significa não querer reconhecer a complexidade do fenômeno, reduzindo-o apenas a uma questão de ordem pública. Ao contrário, trata-se de uma realidade em rápida evolução e mutação, com seus inquietantes entrelaçamentos com outras formas de criminalidade nos campos institucional e econômico-financeiro; estas ligam-se estreitamente a dinâmicas culturais e da esfera institucional, assim como à operação concreta de mecanismos socioeconômicos.

Uma solução ao fenômeno meramente em termos de ordem pública atesta, desse modo, o fato de não haver apreendido o dado da presença de constantes relativas ao espraiamento da criminalidade organizada, em estreita conexão com o aguçamento de processos de crise e de desagregação social. E precisamente isso implicou a obtenção de consensos no enfrentamento do fenômeno mafioso, do que advieram, de qualquer modo, respostas a demandas irresolvidas das instituições.

As respostas oficiais, ao invés, foram de tipo emergencial, de mera ordem pública, tendentes a contrastar, e nem ao menos de forma eficaz, os sintomas do mal-estar, sem se preocupar sequer com hipotetizar uma ação de tipo estrutural. E o emergencialismo gerou o uso simbólico do direito penal por presumidas exigências de eficiência político-criminal, que acabam por suplantar a busca por soluções muito mais eficientes de política social geral. Nada de novo: trata-se da frequente representação que caracteriza a histeria e esterilidade das políticas criminais com ênfase na segurança.

A função simbólica do Direito Penal é, de fato, aquela de indicar um caráter imprescindível da intervenção punitiva, creditado a uma situação de insegurança. Esta desencoraja uma solução extrapenal, menos "representativa" que aquela de natureza penal, mas que, porém, na maior parte dos casos é a mais idônea a resolver o problema *in radice*. No entanto, cultiva-se a ilusão de segurança, que pode atrair o consentimento dos cidadãos para com o Estado. No caso do contraste à criminalidade organizada, a orientação simbólica tende a privilegiar a investigação da estrutura associativa em detrimento da pers-

pectiva mais confiável da persecução dos fatos individuais; arrisca-se, pois, a confundir tipos de autor por eventos. Em verdade, um direito penal do fato, o qual decorre de nosso arranjo normativo fundamental, impõe regressar-se do evento ao sujeito, e não, ao contrário, a partir da individuação de possíveis sujeitos hipotetizarem-se o eventos.

Por outro lado, se o fato associativo torna-se em si mesmo o evento, o perigo que se coloca é o de uma ampliação sem limites e, portanto, de uma absoluta inutilizabilidade do objeto, desde o ponto de vista do direito penal do fato, por absoluta indeterminabilidade e inatingibilidade, mas sobre este ponto retornaremos mais adiante.

Outra característica da orientação simbólica é dada pela carência dos remédios previstos em matéria de exata reconstrução, e consequente neutralização, dos resultados econômico-patrimoniais derivados das atividades criminosas. Isso atesta a fundamental inadequação dos meios para os fins, como se infere indiscutivelmente a partir dos resultados concretamente obtidos. E um dado inquietante, por sua persistência, dessume-se da circunstância de que nem mesmo os mais loquazes entre tantos e acreditados "colaboradores da justiça", *id est* os famosos delatores, tenham fornecido informações úteis nessa matéria.

Como se tem indicado, o fenômeno de que aqui nos ocupamos tem dimensões amplas e raízes profundas, que exigem, para seu controle eficaz, soluções articuladas e de fôlego. Ora, se o controle de fatos imbuídos de danosidade social tem o direito penal como *extrema ratio*, isso, sabe-se, não ocorre apenas para satisfazer exigências de garantia – mais que legítimas em um Estado Social de Direito, vale dizer, em uma democracia –, mas também, e talvez acima de tudo, por exigências de eficiência do controle. Considere-se o fato de que o direito penal intervém unicamente na fase aguda do conflito e decerto não pode influir, se não marginalmente, sobre as causas que lhe dão vida. E isso se aplica, tanto mais, acerca do controle do crime organizado, fenômeno de extrema complexidade, para o qual a intervenção penal, malgrado obviamente necessária, é, por definição, somente residual. Deveras, é possível afirmar que nesse campo resulta apenas ilusória, e portanto fortemente contraproducente, uma euforia penalística!

3. A NECESSÁRIA BUSCA PELA EFICIÊNCIA, SIMPLIFICAÇÃO E RACIONALIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTIMÁFIA

Isso não exclui que, ainda ao nível do controle penal, devam ser criadas condições para uma eficiência verdadeira que, a despeito do corte de rigor repressivo que caracteriza a superabundante legislação antimáfia, veem-se dis-

tantes de haver sido realizadas – especialmente, mas não só, no que toca ao controle dos lucros. Tais condições, como já se pôs em relevo, exigem, de um lado, um radical esforço de coarctação da legislação penal em seu conjunto, através de uma despenalização da grande massa de figuras bagatelares que afligem nosso ordenamento absorvendo o sistema penal e processual e, assim, contribuindo para o colapso da Justiça. De outra parte, há que se operar um não menos radical esforço de simplificação e racionalização da caótica legislação antimáfia, posta em uma medida preocupante como resultado de uma convulsiva atividade legislativa de tipo emergencial, expressão, como se acenava, mais de um dado emocional que de uma política criminal racional.

E isso, a meu aviso, supõe a tomada de consciência acerca da desconformidade com seu fim inclusive de figuras "míticas" de delito, como é o caso da própria figura de associação de tipo mafioso do art. 416-*bis* do Código Penal italiano,[4] que, em sua atual formulação e na função de simples figura delitiva, não se revela compatível com as exigências de garantia formal e substancial

4. Nota do tradutor: "Art. 416-*bis*. Associazione di tipo mafioso:
1. Chiunque fa parte di un associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.
2. Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da sette a dodici anni.
3. L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali.
4. Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da sette a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da dieci a ventiquattro anni nei casi previsti dal secondo comma.
5. L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito. Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà.
6. Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego.
7. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, che valendosi della forza intimidatri-

que caracterizam o sistema penal do Estado Social de Direito. Ademais, sob o prisma da efetividade, essa figura delitiva resolutamente não cumpriu com seu escopo. E, não obstante este acúmulo de inconvenientes, tal figura, tipicamente italiana, parece haver resultado um dos nossos mais bem sucedidos produtos de exportação.

4. DISFUNCIONALIDADES DOGMÁTICAS DA FIGURA DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA DE TIPO MAFIOSO: INDETERMINAÇÃO DESCRITIVA E FLUIDEZ DO OBJETO DA TUTELA

É uma perspectiva igualmente de garantia e de efetividade que visa a provocar uma revisão crítica da hipótese contida no art. 416-*bis* do Código Penal italiano, a associação de tipo mafioso, símbolo da legislação antimáfia.

O discurso pela verdade não é limitado a esta figura delitiva, mas considera toda a categoria dos fatos associativos. Em realidade, estas apresentam-se problemáticas sobretudo a respeito dos princípios de necessária ofensividade e de materialidade, mas, geralmente, também de determinação. Isso tem notáveis reflexos, no plano processual, ante a dificuldade de ordem probatória implicada por figuras de duvidosa objetividade jurídica: é flagrante a pouca compatibilidade entre a indeterminação, a evanescência das figuras associativas em si consideradas e o respeito ao princípio do contraditório, expressivo do processo acusatório do Estado de Direito.

A figura delitiva deve representar fragmentos mais ou menos extensos de conduta, ao invés de encerrar universos antropológicos.

Pense-se, no que atine à violação do princípio de materialidade, que a norma que disciplina a participação em associação de tipo mafioso, art. 416-*bis* do Código Penal italiano, como aquela referida às associações com finalidade de terrorismo e de eversão da ordem democrática, art. 270-*bis* do Código Penal italiano,[5] não reclama qualquer comportamento que resulte funcional à obten-

---

ce del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso."

5. Nota do tradutor: "Art. 270-*bis*. Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico:
1. Chiunque promuove, costituisce, organizza, dirige o finanzia associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico è punito con la reclusione da sette a quindici anni.
2. Chiunque partecipa a tali associazioni è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.

ção dos fins criminosos da associação, razão por que a conduta de participação pode acabar por aperfeiçoar-se na simples adesão.

Com efeito, em meio às dezenas de figuras associativas que o nosso ordenamento contempla é difícil operar-se um liame com um bem categorial autônomo. Aquelas mais significativas, não por acaso, referem-se a objetos de dimensões microscópicas, como a personalidade do Estado ou a ordem pública. Esta, em particular, ao menos em sua acepção ideal não pode ser considerada como objeto de tutela: vista como tal, revela-se um conceito inatingível, porque fortemente condizionado historicamente, e seus limites refogem a uma clara delimitação. Não por acaso é muito difícil conotar de materialidade a situação fática em que opera a ordem pública ideal; nem poderia ser diverso, porquanto uma tal situação de fato não é mais que o ordenamento em seu conjunto.

Uma ulterior confirmação da impossibilidade de considerar-se a ordem pública ideal como um bem jurídico é fornecida, no que concerne ao ordenamento italiano, pela Carta Constitucional: ali não há, efetivamente, qualquer referência nesse sentido. Este não deve levar, porém, a que se deduza ser a ordem pública simplesmente um bem de significado escasso, certamente não comparável àquele acerca da liberdade. Isso deveria, ao revés, sugerir um outro ângulo de leitura: na Constituição, a ordem pública ideal parece ser chamada a desempenhar um papel diverso daquele de bens jurídicos protegidos.

Assinale-se, entre outras coisas, o fato de que conceber a ordem pública ideal como objeto de tutela esconde um outro perigo. Desde um ponto de vista de teoria geral, uma tal configuração é praticável somente à custa de aceitar a concepção metódica do bem jurídico que, como se sabe, constitui um esquema mental sintetizador para exprimir o significado e o escopo dos preceitos isolados, para individuar a *ratio legis* das figuras delitivas abstratas. Esta elaboração, todavia, frustra o conceito de bem jurídico, o qual, entretanto, é indispensável para a construção do delito em termos de garantias formais e substanciais. Assim, acaba-se por favorecer a proliferação de objetos fictícios de tutela, a endossarem insustentáveis escolhas de criminalização hipertrófica.

---

3. Ai fini della legge penale, la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione e un organismo internazionale.

4. Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego."

Ainda de um ponto de vista de política criminal, a utilização da *ratio* em termos de objeto de tutela não é apenas inútil, mas também perigosa para as garantias individuais, na medida em que resta incapaz, por sua natureza mesma, de oferecer uma noção significativa de bem e, portanto, revela-se absolutamente inidônea para desempenhar uma função de delimitação da intervenção penal do Estado.

Em geral, pode-se dizer que a confusão entre bem e *ratio* em matéria de ordem pública comporta riscos particularmente graves para a liberdade individual. A defesa do bem-*ratio* ordem pública ideal leva à criminalização de condutas que seguramente são contrárias à ordem pública como *ratio*, mas que estão certamente muito distantes da efetiva lesão do bem a que a conduta verdadeiramente visa agredir. É flagrante a violação das garantias formais e substanciais postas à defesa das liberdades – em suma, daquelas mesmas garantias de que, ao invés, a ordem pública ideal, como complexo de princípios fundamentais, constitui uma expressão.

A favor da interpretação da ordem pública ideal como *super-ratio* do sistema militam argumentos diversos. O primeiro é de caráter histórico: as investigações que desde o Iluminismo foram conduzidas – pela verdade, nem sempre com muita clareza – sobre o conceito de ordem pública evidenciam uma constante: cada delito pode ser considerado lesivo da ordem pública, ainda que em medidas diferentes. O outro argumento, de caráter sistemático, emerge da análise de duas figuras paradigmáticas de delito tradicionalmente empregadas na tutela da ordem pública: a instigação ao crime e a associação para delinquir. A criminalização destas condutas dá-se em função de sua contrariedade aos fins gerais de paz social que o ordenamento persegue e, portanto, da substancial revolta contra os princípios informadores da convivência civil que aqueles esprimem. E são precisamente estas características a justificar o constante referimento de tais figuras à ordem pública como complexo de princípios. Reflita-se, porém, que, sobre o plano dos bens jurídicos tutelados, a instigação ao crime e a associação delinquencial miram, em realidade, somente a defender aqueles bens que se instiga a violar ou aqueles para cuja violação se associa. Se, ao contrário, apartam-se da efetiva lesão do bem, essas condutas, em termos de ofensividade, representam somente uma antecipação repressiva em momento sempre muito distante do perigo mesmo.

De outro bordo, se a ordem pública ideal é considerada como bem jurídico e tutelada como tal – ao exemplo do código italiano de 1930, sobre a base do parâmetro da "paz pública" – não é explicável que em seu âmbito não sejam imediatamente reconduzidos outros tipos de delitos, que encontram, no entanto, uma sistematização autônoma e bem diferenciada. Refiro-me de modo

particular aos delitos contra a personalidade do Estado, àqueles contra a incolumidade pública, contra a fé pública, contra a economia pública, a moralidade pública e assim por diante. Em verdade, uma vez adotados determinados parâmetros valorativos, resulta difícil excluir do âmbito da tutela da ordem pública ideal qualquer fato – não microviolatório – delitivo. A conclusão é paradoxal – ou incorreta – apenas aparentemente, isto é, apenas na medida em que não se proceda, preliminarmente, a uma revisão do conceito geral de ordem pública.

Se, com uma fórmula sintetizadora, entendemos por ordem pública ideal o complexo de princípios fundamentais sobre os quais se baseia a convivência civil e, se entendemos que o direito penal no moderno Estado Social de Direito deva perseguir, em uma pespectiva não eticizada, a finalidade essencial de garantir a convivência civil, podemos concluir que a ordem pública ideal, como expressão dos princípios estabelecidos na base do ordenamento, possa funcionar, no que concerne ao nosso setor de investigação, somente como *ratio* do sistema penal como um todo.

E a sua tutela deve advir da defesa estrênua – ou seja, prevendo-se, se o caso, sanções severas – dos bens jurídicos individuados que realmente interessam; mantendo-se, ou, talvez, restituindo-se, assim, ao direito penal a sua legítima função, garantista e eficientista, de proteção conjunta dos direitos do indivíduo e da coletividade.

5. DOS PROBLEMAS NA PARTE ESPECIAL À BUSCA POR SUA SOLUÇÃO NA PARTE GERAL: DA INSEGURANÇA JURÍDICA E INAPLICABILIDADE À DETERMINAÇÃO, GARANTIA E REAL AFETAÇÃO DOS BENS JURÍDICOS

Com efeito, além da confusão entre bem e *ratio* típica da legislação de emergência, e da individuação de objetos de tutela mais ou menos evanescentes – como a ordem pública ideal, ou a exclusividade do método democrático, da força física, da normatização penal, segundo indicações doutrinais difusas –, é, em síntese, o mero acordo, seja ele estável e organizado, que se evidencia nos delitos associativos, em que os bens efetivamente em questão são, em realidade, aqueles para cuja ofensa se associa e em relação aos quais se almeja antecipar a tutela.

De fato, as figuras associativas – e um discurso em parte análogo aplica-se também às figuras de instigação – exprimem a exigência de prestar uma tutela antecipada, anterior a possíveis agressões por organismos plurissubjetivos. Estes, tão só em virtude deste arranjo, presentam características de particular eficiência criminal – a princípio, bem superiores àquelas expressadas por agre-

gações momentâneas e casuais ou de uma programação criminosa monossubjetiva – e a cuja ação é normalmente referido um acentuado alarme social.

Esses dados bastam a legitimar uma particular atenção pelo fenômeno criminal associativo da parte da lei penal. Em síntese, os delitos associativos são delitos de "suspeição", com forte conotação simbólica, aos quais se recorre quando ausente a prova dos crimes-escopo. Não parece, todavia, que tais figuras estejam em condições de cumprir com essa finalidade repressiva, porquanto a prova do fato associativo destituído de um bem de referência torna-se dificílima à falta da prova do cometimento de outros delitos concretos.

Mas, então, poderia resultar mais profícua em termos de respeito às exigências de garantia e de efetividade a criação de uma figura associativa de parte geral: um concurso de pessoas qualificado pela estabilidade da organização e pelo vínculo associativo, que teria o mérito de simplificar o quadro normativo, como há tempos vem sendo auspiciado. Desse modo, far-se-ia plausível e legítima a punição mais severa de um fato cometido em associação, assentada em uma inequívoca e grave periculosidade no campo da ofensa aos bens jurídicos e do consequente alarme social, abstendo-se de perseguir a ofensa de improváveis e vaguíssimos objetos de tutela ou provas, por vezes diabólicas, de meras associações – fundadas, prevalentemente, sobre teoremas e não sobre fatos.

Isso significa render homenagens a uma realidade que vê as associações permeadas de periculosidade, mas apenas quando em ação; e, por outro lado, vê-las punidas somente quando sua ação é reconduzível à prática de um dos delitos de seu programa criminoso. Uma solução de tal gênero teria o duplo mérito de respeitar integralmente os princípios de ofensividade e materialidade – que em uma democracia consubstanciam garantias irrenunciáveis para a tutela da liberdade e da dignidade do indivíduo – e de representar uma augurável adequação da solução normativa à *Natur der Sache*.[6] Não se olvide, ademais, que, se se pretende punir o mero acordo, a solução em termos de tipo legal para o fato da associação acaba, como veremos, por confiar a persecução do fato à disposição, não propriamente desinteressada, do "delator" – um êxito, no mínimo, preocupante.

Contudo, ainda sob o prisma da legalidade, com todas as implicações relativas à funcionalidade, uma solução de parte geral afigura-se vantajosa. Pense-se apenas nos graves problemas interpretativos legados à sobreposição de diversas figuras associativas, que tornam hipotetizável, para além do esquema do concurso aparente, a recondução de uma mesma conduta a

6. Nota do tradutor: "natureza das coisas".

normas diversas, voltadas à proteção de diversas objetividades jurídicas, impondo graves riscos à observância do *ne bis in idem* substancial. No que toca ao ordenamento italiano, pensem-se os problemas de ordem interpretativa legados à superposição de diversas figuras associativas, como por exemplo as figuras do art. 270-*bis* do Código Penal italiano, associação com finalidade de terrorismo e eversão da ordem democrática, com aquelas de associação subversiva, art. 270 do Código Penal italiano,[7] de conspiração política mediante associação, art. 305 ao Código Penal italiano,[8] e de bando armado, art. 306 do Código Penal italiano.[9]

Sempre sob a ótica do respeito ao princípio de determinação/taxatividade, demarca-se a extrema problematicidade da figura legal de associação de tipo mafioso do art. 416-*bis* do Código Penal italiano. Trata-se de uma norma redigida de forma imprecisa, excessivamente descritiva, com uma clara propensão casuística: um verdadeiro e próprio emaranhado de elementos normativos, elementos naturalísticos e reenvios sociológicos, dando-se a tudo isso exigências

7. Nota do tradutor: "Art. 270. Associazioni sovversive:
1. Chiunque nel territorio dello Stato promuove, costituisce, organizza o dirige associazioni dirette e idonee a sovvertire violentemente gli ordinamenti economici o sociali costituiti nello Stato ovvero a sopprimere violentemente l'ordinamento politico e giuridico dello Stato, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. 2. Chiunque partecipa alle associazioni di cui al primo comma è punito con la reclusione da uno a tre anni. 3. Le pene sono aumentate per coloro che ricostituiscono, anche sotto falso nome o forma simulata, le associazioni di cui al primo comma, delle quali sia stato ordinato lo scioglimento."

8. Nota do tradutor: "Art. 305. Cospirazione politica mediante associazione:
1. Quando tre o più persone si associano al fine di commettere uno dei delitti indicati nell'articolo 302, coloro che promuovono, costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da cinque a dodici anni.
2. Per il solo fatto di partecipare all'associazione, la pena è della reclusione da due a otto anni.
3. I capi dell'associazione soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori.
4. Le pene sono aumentate se l'associazione tende a commettere due o più dei delitti sopra indicati".

9. Nota do tradutor: "Art. 306. Banda armata: formazione e partecipazione:
1. Quando, per commettere uno dei delitti indicati nell' art. 302, si forma una banda armata, coloro che la promuovono o costituiscono od organizzano, soggiacciono, per ciò solo, alla pena della reclusione da cinque a quindici anni.
2. Per il solo fatto di partecipare alla banda armata, la pena è della reclusione da tre a nove anni.
3. I capi o i sovventori della banda armata soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori".

basilares de determinação. Esta, no entanto, parece suspeita de violar a proibição de analogia em relação à fórmula empregada em seu último parágrafo.[10] E neste caminho prosseguiu o legislador italiano, mediante a modificação introduzida em 1992, com a inserção de uma nova modalidade de realização do delito, a interferência no livre exercício do voto, art. 416-*bis*, § 3.°, do Código Penal italiano, e com a ampliação da punibilidade – que se afigura puramente teórica – também a quem obtém a promessa de votos mediante a entrega de dinheiro, art. 416-*ter* do Código Penal italiano.[11]

Em realidade, ao escopo de definição da associação põem-se meios e fins, segundo esquemas mais próximos das exigências da sociologia que do Direito Penal. Os meios são dados desde o uso da "força de intimidação e do vínculo associativo e da condição de subjugação e de *omertà*[12] derivada" – art. 416-*bis* § 2.°, do Código Penal italiano. Esta fórmula dá vida, seguramente, a dúvidas interpretativas em virtude de sua indeterminação. De fato, se o legislador tencionou punir os membros da associação sobre a base da mera reputação criminal – segundo parâmetros de *Täterstrafrecht*,[13] ainda que pouco aceitáveis em um Estado Social de Direito –, a nós não parece haver atingido sua pretensão, vez que se valer da força de intimidação pressupõe um agir por *facta concludentia*, de modo que não remanesceria a punibilidade do mero ato associativo ou da mera "reputação criminal" como requerera a *mens legis*. E este dado, adicionado ao todo, salva a norma de problemas de constitucionalidade, inclusive no que concerne aos escopos associativos. Com efeito, à diferença da simples associação para delinquir do art. 416 do Código Penal

10. Nota do tradutor: "Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso" – disposição incluída pela Lei italiana 646/1982.

11. Nota do Tradutor: "Art. 416-*ter*. Scambio elettorale politico-mafioso:
1. La pena stabilita dal primo comma dell'art. 416-*bis* si applica anche a chi ottiene la promessa di voti prevista dal terzo comma del medesimo art. 416-*bis* in cambio di erogazione di denaro."

12. Nota do tradutor: o vocábulo *omertà* parece não ser propriamente traduzível. Pode ser definida, na cultura mafiosa italiana, como espécie de código de silêncio entre membros de uma associação criminosa, o qual, sobretudo por meio de coerção moral, impede a divulgação de informações secretas aos órgãos responsáveis pelo controle do crime.

13. Nota do tradutor: direito penal do autor.

italiano,[14] o legislador, através da norma contida no art. 416-*bis* do Código Penal italiano, tencionou punir não apenas o cometimento do delito mas também a perseguição dos escopos lícitos como "adquirir de modo direito ou indireto a gestão ou o controle de atividades econômicas, de concessões, de autorizações de contratos e serviços públicos", e isso teria produzido problemas de conformidade constitucional da norma. Os quais, porém, vieram a ser superados porquanto o perseguimento dos escopos lícitos resulta ilícito em virtude da perpetração da atos de intimidação. E considerações análogas aplicam-se igualmente em relação à "obtenção de vantagens indevidas para si ou para terceiros" [art. 416-*bis*, § 3.°, penúltima parte], restando ainda, não obstante, a evidente vagueza do dispositivo.

Também o último parágrafo do art. 416-*bis* do Código Penal italiano, como se acenava, é problemático sobre o plano da determinação; a norma, de fato, estende as disposições contidas nos parágrafos precedentes para a Camorra e as outras associações de qualquer denominação que, valendo-se da força intimidadora do vínculo associativo, persigam escopos correspondentes àqueles das associações de tipo mafioso. Com efeito, trata-se de uma norma inútil, que trai a elaboração sociológico-simbólica dessa figura delitiva; em verdade, basta a periculosidade concreta – aquela externalizada mediante atos de intimidação – de uma associação criminosa, organizada à maneira da máfia, para torná-la punível, prescindindo-se de questões de "denominação oficial".

A norma associativa de parte geral, a meu aviso, dissolveria todos esses problemas e ainda simplificaria em grande medida a solução das questões atinentes à responsabilidade dos indivíduos associados, na medida em que se efetuaria uma veraz correlação com a concreta ofensa de um bem jurídico, assim superando os incômodos hermenêuticos postos pela figura associativa de parte especial no tocante ao concurso com os crimes-escopo. Igualmente, poder-se-iam resolver unitariamente os problemas legados ao papel desem-

14. Nota do tradutor: "Art. 416. Associazione per delinquere:
1. Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni.
2. Per il solo fatto di partecipare all'associazione, la pena è della reclusione da uno a cinque anni.
3. I capi soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori.
4. Se gli associati scorrono in armi le campagne o le pubbliche vie si applica la reclusione da cinque a quindici anni.
5. La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più."

penhado pelos indivíduos associados na estrutura criminosa, além daqueles de uma desejável disciplina homogênea de figuras privilegiadas. Isso, naturalmente, exige uma reforma contestual do instituto do concurso de pessoas, em cujo âmbito, superando dogmas causalistas, aponte-se para uma descrição taxativa das diversas formas de participação, delineando-se, de igual modo, diferenciadas e fidedignas formas de responsabilidade.

É certo que, com esta solução, remanescem fora do âmbito normativo formas de "contiguidade" consistentes em meras posições de disponibilidade, que não se concretizam em fatos ofensivos a bens jurídicos – ao menos na forma de favorecimento. Mas isso é um requisito mínimo se não se quer passar de um direito penal do fato, como exige a Constituição de um Estado Social de Direito, para um direito penal do comportamento interior – de derivação autoritária e totalmente incompatível com os postulados da democracia.

Quanto a problemas de definição da responsabilidade dos vértices de associações complexas – como as de tipo mafioso – pelos delitos cometidos no cumprimento do programa criminal, a figura da autoria mediata em aparatos organizados de poder atenderia perfeitamente ao escopo. Esta forma de autoria – proposta por Roxin (Straftaten im rahmen organisatorischer machtapparate. *GA*, 1963, p. 193 e ss.) originariamente para a punição dos criminosos nazistas – baseia-se na ideia de organizações criminosas de vulto desenvolverem uma vida inteiramente autônoma das de seus componentes, e o fator decisivo para fundar o domínio de sua vontade – que consente, destarte, em construir esta forma de autoria mediata – é dado pela fungibilidade do executor; o autor imediato aparece como uma engrenagem intercambiável do aparato de poder.

É previsível, de fato, que quem determine um vasto plano extorsivo não conheça diretamente quem executará as extorsões individuadas; estas, porém, serão certamente realizadas. Mas isto vale para qualquer espécie de delito. Em verdade, a eventual ausência de componentes isolados nesse tipo de associação criminosa não constitui óbice ao mecanismo do aparato: a tarefa do faltante pode ser facilmente assumida por outrem, e esta circunstância torna o executor individual, mesmo que ainda incerta a sua responsabilidade, um instrumento fungível nas mãos do planejador. Tal estado de coisas nos induz a acolher portanto um domínio sobre o fato e, com isso, uma autoria mediata do planejador.

O mesmo se aplica ao discutido problema da admissibilidade do concurso "externo" ou eventual em associações de tipo mafioso: acolhendo-se a minha elaboração, acaba-se por encontrar uma solução simples e suficiente. Se se parte, de fato, do pressuposto de que a estrutura associativa não possua as características da figura legal delitiva, bem assim aquela instrumental de parti-

cular modalidade plurissubjetiva de cometimento do crime, ter-se-á, então, hipotetizável uma conduta de participação eventual para uma forma qualificada de realização plurissubjetiva do fato. Todavia, a participação "externa", aquela apenas eventual, também deverá mirar a concreta afetação de um determinado bem jurídico, cuja prova, não obstante, não mais estará ligada à evanescência de uma *probatio diabolica*. A antiga e profunda lição de Anselm Feuerbach (*Revision der grundsätze und grundbegriffe des positiven peinlichen rechts*. Bd. II. Frankfurt: Sauer u. Auvermann, 1799-1800. p. 12-13), mestre da legalidade no Direito Penal, segundo quem "o legislador não pode submeter a pena aquilo que... em concreto não pode ser completamente provado", encontra aqui uma confirmação granítica. Com efeito, não se trata apenas de uma questão de garantias mas também de efetividade a adoção de uma técnica legislativa confiável que delineie tipos legais inteligíveis sob o prisma conceitual, verificáveis do ponto de vista empírico e que resultem, portanto, viáveis como objeto do processo, antes de tudo no que concerne às exigências probatórias.

Somos plenamente conscientes do fato de a opção de parte geral implicar uma queda no teor simbólico da disciplina dos fatos associativos de criminalidade organizada. Mas isso absolutamente não nos preocupa: não é com a legislação simbólica que se combatem fenômenos de tal gênero na seara do direito penal, mas apenas através da predisposição de confiáveis intrumentos de tutela e de confiáveis, além de eficientes, órgãos de controle.

A busca por instâncias de clareza e de garantia, portanto, longe de significar um rebaixamento de guarda no confronto às perigosíssimas formas de criminalidade organizada, é propriamente funcional ao escopo de uma tutela mais eficaz do que aquela até aqui utilizada.

A defesa dos bens individuais e supraindividuais ameaçados pela criminalidade organizada, no que se refere ao direito penal, deve permanecer confiada, em primeiro lugar, a figuras delitivas – eventualmente a serem reformadas, ou criadas *ex novo* – voltadas à tutela da pessoa, da administração pública, da administração da Justiça, da funcionalidade das instituições políticas, do patrimônio e da economia, às quais se reunirá, quando os bens sejam agredidos ao menos na forma tentada, o instituto associativo, de parte geral, caracterizado pela previsão de um severo regime sancionatório. Nesse instituto podem também ver-se compreendidas formas de premiação pela colaboração, desde que sustentáveis sob o ângulo democrático – e, nesse sentido, elas devem caracterizar-se antes de tudo por critérios de racionalidade e de real proteção de bens jurídicos ainda não ofendidos. Em síntese, não devem resultar em exclusivo suporte a atividades de mera reconstrução histórica de episódios criminais frequentemente distantes no tempo.

Se se reflete sobre o fato de que entre os delitos mais frequentemente cometidos pela criminalidade organizada encontram-se figuras relativas ao tráfico de drogas e de armas, homicídios, extorsões, que tendem a irrogar penas durríssimas, é possível, também sob o ângulo do rigor sancionatório, uma retomada de eficiência sem se correr o risco não apenas da queda de garantias como da queda de credibilidade, fatalmente presente quando se propõe à busca de fatos de adequação típica "inatingível".

6. EXCESSIVA DILATAÇÃO E INCOERÊNCIAS DA LEGISLAÇÃO PREMIAL

Logo em um exame superficial das disposições antimáfia emerge a incapacidade da parte do legislador para definir instrumentos de formalização preconstituída do problema, de que é expressão mais evidente a extrema valorização na práxis de mecanismos de colaboração judiciária, custosos sob qualquer ângulo. Tal valorização, além de reduzir a ação judiciária a uma sorte de arqueologia criminal, com uma conseguinte escassa atenção à atualidade da fenomenologia criminal, comporta, no longo prazo, e nos termos de seu desenvolvimento atual, um enfraquecimento dos consensos acerca do ordenamento jurídico, face a toda uma série de graves riscos que vão desde as distorções na administração da Justiça até a excessiva dependência desta de fontes normalmente de baixíssimo perfil moral – e, portanto, invariavelmente de atendibilidade incerta –, bem assim a profundos desequilíbrios na valoração dos fatos delituosos muita vez gravíssimos e de seus autores, determinados unicamente por escolhas, em geral meramente oportunistas, de cômoda colaboração.

Isso não significa renunciar a essas fontes de "indícios", mas apenas retomar uma mentalidade conforme às exigências ético-sociais de um Estado de Direito, o qual deve privilegiar o equilíbrio, a coerência do sistema, a ordinariedade dos intrumentos de intervenção.

É especialmente em relação ao acertamento dos fatos de criminalidade organizada que escolhas normativas e práxis jurisprudencial geralmente anotam algumas entre as mais graves involuções acerca dos cânones de civilidade que um Estado Social de Direito impõe.

Não há como não despertar preocupação, então, que se haja teorizado, acerca desta delicadíssima matéria, a superação da distinção entre juízo segundo parâmetros jurídicos e juízo de tipo social. O primeiro, expresso segundo as regras do direito, e o outro, segundo os parâmetros "culturais" da opinião pública, desvinculando-se assim o processo "do reino das formas voltadas a si mesmas".

O juízo viria, pois, a fundar-se em um saber de feição sociocriminológica, o qual, a nosso aviso, a experiência jurídica deve seguramente ter em consideração – sobretudo deve considerá-lo o legislador em uma perspectiva *de lege ferenda* –, mas não em uma perspectiva de acertamento de um fato delituoso determinado, em que está em jogo a responsabilidade pessoal de um indivíduo. Em relação a esta, "certezas" de tipo "ambiental" muito pouco devem ser consideradas em uma democracia, mormente se se fundam em teorias cuja atendibilidade científica, como ocorre com todas as teorias, pode ser contestável e contestada. Assim, distinguem-se completamente responsabilidade moral e responsabilidade penal, e incomodam técnicas acusatórias fundadas antes sobre teoremas do que sobre amplas verificações probatórias.

De outro bordo, este é um problema que remete a todas as figuras legais associativas, quando se as quer considerar desconectadas da prática dos delitos individuados para a qual se associa. E isso depende, repetimos, da escassa atingibilidade da hipótese do delito associativo em si considerado, a prescindir da realização dos delitos-escopo, que torna quase impossível a obtenção de uma prova diversa da testemunhal.

Esta obtenção leva imediatamente ao centro das atenções a complexa e controversa questão da "colaboração judiciária". É, de fato, intrinsecamente suspeita a confissão daquele que acusa outros de cumplicidade, na presença de diversas e plausíveis razões de contaminação conexas a uma tal confissão. Devem-se, portanto, predispor instrumentos normativos – e, sobretudo, um *habitus* crítico de quem recebe as "confissões" – orientados a reduzir ao mínimo as possibilidades de erro ou de mentiras.

À problemática das investigações sobre a criminalidade organizada corresponde, destarte, uma suficiente disciplina da matéria das "colaborações". E precisamente a decantada fertilidade do instituto exige a consideração dos resultados negativos que ele pode exprimir – e tem exprimido – em relação aos equilíbrios a às razões do contraditório. Em palavras claras, aqui está em jogo a defesa da pessoa chamada à causa pelos delatores. Presenta-se, então, imperioso o problema do valor atribuível às – não desinteressadas – afirmações do colaborador, bem como seus necessários controles.

E se retorna uma vez mais ao nó das relações entre a finalidade de acertamento da verdade material, essencial à luz dos fenômenos da criminalidade grave, e os significados compreensivos do processo como forma de acertamento. Não se pode, de qualquer modo, enfatizar desmedidamente o papel dos delatores: o bom uso de sua colaboração é muito difícil e complexo; o mau uso, desastroso.

Cumpre, então, ter presente o dado segundo o qual o ordenamento jurídico de um Estado Social de Direito – que extrai suas origens de princípios liberais do Estado de Direito, historicamente enriquecidos por garantias decorrentes de uma não menos nobre tradição solidarista – é seguramente orientado por um direito penal do fato. Deveras, onde emergiram ordenamentos autoritários foi onde se orientou, em medida mais ou menos acentuada, para uma valorização extrema da personalidade ante o fato.

E, assim como se pode hipotetizar uma pena para um fato e uma pena para a personalidade do autor, do mesmo modo é possível hipotetizar-se um benefício fundado em um fato/conduta e um benefício deste desconectado. É claro que quando pensamos em *fato* relacionado a um *prêmio* nos referimos, excogitadamente, ao fato delituoso ofensivo de um bem jurídico, a uma conduta orientada à defesa de um bem jurídico em perigo.

Em qualquer caso, a mim parece que as razões de um direito penal do fato remanescem altivas também na perspectiva inversa da premialidade: uma fundação em termos de premialidade, afastada de condutas de defesa dos bens, é de todo acoplável aos parâmetros autoritários do direito penal do autor, isto é, daquele que inflige sanções penais sobre a base de um juízo de mera personalidade do sujeito.

A atual legislação premial extracodicista, atinente a fatos de criminalidade organizada, importa em variados problemas, como se tem acenado, seja em relação ao sistema premial codicista, seja em relação às opções constitucionais em matéria penal – sobretudo aquela relativa à função da pena que, normativamente deduzida, é legítimo buscar-se no seio do ordenamento.

Segundo o habitual modulo emergencial dos decretos de urgência, o legislador disciplinou a matéria premial, também no campo da criminalidade organizada, de forma assistemática e aproximativa.

As várias disposições caracterizam-se pela indeterminação, se não propriamente pela ambiguidade da formulação, propiciando um excesso de discricionariedade, a seu turno pouco congruente com as exigências de funcionalidade da elaboração normativa.

Mas o traço saliente dessas disposições é dado, a nosso aviso, pela colaboração processual, para além da adoção de fórmulas desprovidas da necessária clareza, que remetem a uma sorte de emenda operosa, art. 8, § 1.º, da Lei italiana 203/1991,[15] sem qualquer referência axiológica às funções da pena.

15. Nota do tradutor: "Per i delitti di cui all'art. 416-*bis* del Codice Penale e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previsti dal predetto articolo ovvero al fine di

Ponha-se imediatamente em devida ênfase a circunstância de que as tradicionais disposições premiais de índole codicista são, em princípio, ancoradas na ideia de defesa de bens jurídicos, no sentido de visarem, em um determinado contexto temporal, ou a uma elisão da ofensa ou a uma sua atenuação; a relevância delas, portanto, é estritamente relativa às razões mesmas da intervenção punitiva.

A característica essencial da mais recente normatização premial – em matéria de criminalidade organizada –, assim como daquela precedente – em matéria de terrorismo –, é, ao revés, uma completa orientação em rota de colaboração processual e não de ofensividade. Isso não significa que de sua adoção não possam derivar evidentes efeitos substanciais, até mesmo em termos de tutela de bens jurídicos, no sentido de um possível desmantelamento da associação criminal ou do quase impossível retorno do acusado a seu interior. Evidencie-se, porém, o fato de que a relevância das condutas colaborativas – e isso, repetimos, parece claríssimo na seara do ordenamento penitenciário – vem expressa sobre o plano do processo.

Não resta dúvida qualquer ante o fato de a colaboração processual justificar um tratamento favorável, mas apenas em termos de mera atenuação da sanção, se não se deseja distorcer significado e funções dos sistemas de proporcionalidade e de execução – vale dizer, já suficientemente castigados pelas vias ordinárias nos tempos atuais.

Nos casos de que aqui nos ocupamos, detração da pena e benefícios executivos afiguram-se de todo desvinculados daqueles pressupostos. Isso revela-se evidente quando, examinando-se a disciplina do art. 13 da Lei 356/1992, em matéria de execução, precisamente no campo em que deveria considerar as funções do ordenamento legitimamente relacionadas às sanções, a concessão dos benefícios é consequência automática da "colaboração prestada". De fato, para as "pessoas que colaboram com a Justiça", a norma do art. 58 *ter* do ordenamento penitenciário,[16] modificado pelo art. 1, § 1.°, da Lei 203/1991, vem

---

agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso , nei confronti dell'imputato che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la riscostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla mettà".

16. Nota do tradutor: "Art. 58-*ter*. Persone che collaborano con la giustizia: 1. I limiti di pena previsti dalle disposizioni del comma primo dell' art. 21, dei com-

a desatender explicitamente as exigências de reeducação da pena, visto que, de um lado, admite a aplicação de benefícios a pessoas que, com o só fato de prestar declarações, não hajam mostrado pretensão de percorrer a estrada da integração social; de outro, permite revogar-se o benefício por sucessiva ausência de colaboração, algo que não necessariamente implica rejeição à ressocialização da parte do sujeito.

Adicionalmente, verificou-se o fenômeno muito pouco edificante segundo o qual, ao lado do endurecimento – geralmente além dos limites da racionalidade – para os "teimosos", passaram a ser previstas para os "dedos-duros" possibilidades de recuperação quase total da liberdade, as quais, entre outros efeitos, trouxeram a lume uma preocupante coação à colaboração, sobre cuja conformidade aos princípios do Estado de Direito é legítimo nutrir perplexidades.

Desta prevalência de uma ótica de mera barganha, alheia a perspectivas de integração social, exsurgem inquietantes eventos de recidivas de "colaboradores" em liberdade, assim como os casos de arrependimento instantâneo, havido imediatamente após a captura e pouquíssimos dias após o cometimento de crimes gravíssimos. Parece, então, fundada a dúvida quanto à legitimidade constitucional das normas premiais, quando admitem a utilização de figuras fundadas no escopo de recuperação social dando lugar a um tratamento diferenciado em seu todo desvinculado, em princípio, do acertamento de pressupostos que, no entanto, derivam da redação normativa do art. 27 da Constituição italiana.[17]

Em palavras mais claras, sob o plano das funções da pena, é sintomática de um retorno à legalidade somente a conduta que se apresenta irracional se-

---

ma quarto dell' art. 30-*ter* e del comma secondo dell'articolo 50, concernenti le persone condannate per taluno dei delitti indicati nel comma primo dell' art. 4-*bis*, non si applicano a coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati.
2. Le condotte indicate nel comma primo sono accertate dal tribunale di sorveglianza, assunte le necessarie informazioni e sentito il pubblico ministero presso il giudice competente per i reati in ordine ai quali é stata presentata la collaborazione."

17. Nota do tradutor: "Art. 27:
1. La responsabilità penale è personale.
2. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.
3. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.
4. Non è ammessa la pena di morte."

gundo critérios em que normalmente se baseia a ação de quem delinque. E este não é o caso típico da "colaboração de máfia"; deveras, o íntimo retorno à legalidade absolutamente não é relevante: aqui, para ser premiado, basta o serviço prestado em sede processual. Logo, tudo isso tem pouca relação com a satisfação de exigências de integração social, que pressupõem o espontâneo – não coercitivo – retorno à legalidade. Ao revés, insistamos, afigura-se fortamente lesivo de princípios fundamentais o fato de que, frequentemente, autores de um relevante número de crimes, por vezes gravíssimos, possam gozar de privilégios extraodinários – assim como é certo que o alarme social derivado da pregresso comentimento de graves delitos não se subtrai após as eventuais revelações do autor.

A excessiva dilatação de mecanismos premiais, assim como a sua configurabilidade como mera barganha entre Estado e acusado, dada a sua exclusiva utilidade recíproca, parece um expediente arriscado em uma perspectiva mais ampla. Com efeito, o atingimento de resultados imediatos, inclusive de grande ressonância, pode diluir-se no longo prazo com a queda na compreensão da mensagem completa sobre os valores que derivam do sistema em sua complexidade, até mesmo em termos de instigação indireta a delinquir – e a fazê-lo sob formas extremamente graves, pois de outro modo os benefícios podem ausentar-se.

Ainda outra vez está em jogo a coerência do sistema, posta em causa na medida em que se utilizam mecanismos premiais em uma perspectiva excêntrica a respeito da ofensa aos bens violados e ao significado e aos limites da pena. Não é correto administrar remédios jurídicos do mesmo tipo quando se há pressupostos e finalidades diferentes, se não contrapostas; isso tem como consequência natural um efeito desorientador dos cidadãos acerca do sentido e valor das regras normativas, com óbvios reflexos sobre a própria eficácia das normas.

Outra característica da intervenção simbólica em matéria de criminalidade organizada é dada pela carência, no que toca à efetividade, dos remédios previstos em matéria de exata reconstrução e conseguinte neutralização dos resultados econômico-patrimioniais decorrentes das atividades criminosas. Isso evidencia, para dizer o menos, a fundamental inadequação dos meios no tocante aos fins, como se dessume claramente da escassez dos resultados obtidos: algumas dezenas de sentenças de 1978 até hoje em matéria de reciclagem e bem poucas em matéria de reemprego de capitais ilícitos. Nesta seara, acordos e convenções superam, numericamente, as sentenças, e oferece-se aquele dado inquietante desde o fato de que nem os mais loquazes entre tantos e acreditados "colaboradores da Justiça" tenham fornecido informações úteis ao atingimento das finalidades repressivas.

Também sob este ângulo se põe – repita-se – o problema da extrema valorização na práxis de mecanismos de colaboração judiciária, custosos sob qualquer ângulo. Tal valorização, além de reduzir a ação judiciária a uma sorte de arqueologia criminal, com uma conseguinte escassa atenção à atualidade da fenomenologia criminal, comporta no longo prazo, e nos termos de seu desenvolvimento atual, um enfraquecimento dos consensos acerca do ordenamento jurídico, face a toda uma série de graves riscos que vão desde as distorções na administração da Justiça até a excessiva dependência desta de fontes normalmente de baixíssimo perfil moral – e, portanto, invariavelmente de atendibilidade incerta –, bem assim a profundos desequilíbrios na valoração dos fatos delituosos muita vez gravíssimos e de seus autores, determinados unicamente por escolhas, em geral meramente oportunistas, de cômoda colaboração.

Isso não significa – repita-se uma vez mais – renunciar a essas fontes de "indícios", mas apenas retomar uma mentalidade conforme às exigências ético-sociais de um Estado de Direito, o qual deve privilegiar o equilíbrio, a coerência do sistema, a ordinariedade dos intrumentos de intervenção.

7. CONCLUSÃO

Em conclusão, diante de um fenômeno como o da criminalidade organizada, de tais dimensões e com tais ramificações, parece evidente que a intervenção penal serve somente a mais que legítimas exigências de defesa socioindividuais imediatas, mas a luta efetiva contra o crime organizado é seriamente hipotetizável apenas em planos diversos, ainda que coordenados entre si: político, cultural, social, econômico e também jurídico-penal. Trata-se, em sua maior medida, de perspectivas de longo prazo, capazes de agir profundamente sobre as instituições e sobre o próprio tecido social, através de reformas, incisivas e de amplo fôlego, que servem, antes de tudo, a legitimar a presença mesma do corpo estatal, para agregar consensos fundados no respeito e na estima, alcançados pela concreta ação político-social realizada e que, até agora, ante o estado atual dos fatos, parecem bastante distantes de serem obtidos. Trata-se, verdadeiramente, de sanarem-se carências de controle, de socialização, de oportunidades e de racionalidade, de confiança, de organização e de correto funcionamento do mercado; de recuperação das instituições.

Devem-se então confrontar os nós da corrupção política com uma diferente, transparente, fisionomia das relações de poder, que se exprima imediatamente através de uma bem diversa gestão das despesas públicas. Isso implica uma real renovação das isntituições com seu correto funcionamento, que deve manifestar-se por meio de profundas intervenções, não assistencialistas, de caráter so-

cioeconômico, que guardem com equilíbrio, mas também com generosidade, o sistema de demandas delineado por uma sociedade civil. Igualmente, é desejável uma solução mais realista para o problema do controle das substâncias psicoativas: é estreme de dúvidas que a atual legislação reforça a criminalidade organizada, além de favorecer a proliferação da microcriminalidade.

No que se refere ao contraste à acumulação de capitais ilícitos, é de todo insatisfatória inclusive a melhor legislação de caráter interno: a ação contra a lavagem de valores, se não decorrer do êxito de um sério concerto internacional, resta quase inútil, mera expectadora da absoluta liberdade e praticidade das transações criminais internacionais. Para ser eficaz, a meu aviso, ela deverá prever também sanções graves em detrimento de Estados que hajam dado guarida aos perniciosíssimos paraísos bancários, fiscais e financeiros.

Realize-se, pois, aquela "revolução de legalidade" que recoloque em evidência a profunda diferença existente entre o direito, a política e a violência. A ausência do Estado gerou a ausência do sentido do Estado, mas a revolução da legalidade deve-se implementar por meio das formas da legalidade: "não se pode fazer a 'guerra' contra a máfia com o direito penal, não apenas porque uma guerra feita só com este instrumento seria perdida de início; mas também porque o direito penal não é um instrumento de guerra, mas um instrumento jurídico de regulação de obrigações, direitos e poderes que governam a atribuição de responsabilidades a cidadãos e o uso da reação punitiva contra os infratores declarados como tais segundo procedimentos estabelecidos", como nos ensinou, entre tantos, um mestre de todos nós, o grande Alessandro Baratta (La violenza e la forza: alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di politica, *Dei delitti e delle pene*, 1993, p. 120), de quem, nesta época tão decepcionante, sempre se ressente a ausência.

Importa, ainda, dissipar um equívoco, tão difuso quanto pernicioso: o juiz não pode ser considerado um sujeito "em luta", pois uma tal orientação possui, antes de tudo, o efeito de determinar uma distorção das funções de acertamento da jurisdição, colocando em crise a própria neutralidade do juiz, com a consequente involução inquisitória do modelo jurisdicional. Some-se a isso também o efeito de confusão dos vários papeis institucionais, com a superexposição do Poder Judiciário, que resulta estéril no tocante às tarefas de "luta" que assume para si; prejudicial por não responsabilizar as instituições realmente dedicadas à luta; e perigosa para os direitos do ser humano, como fatalmente sucede quando um dos poderes estatais desempenha ações que exorbitam suas naturais competências.

Não é, portanto, na mera repressão que é possível entrever uma via de saída: às relações de fundo inalteradas, o fenômeno, para além dos mais significati-

vos sucessos em âmbito judiciário, tenderá a reproduzir-se sob vestes diversas. Não é contrastando os sintomas mais evidentes do mal-estar que se resolvem os problemas, mas agredindo com coragem e determinação o fenômeno. Mas na "cultura" de uma sociedade em crise como a atual, a espiral repressiva é acreditada como a única forma de controle realizável; esta se assume uma fisionomia ansiosa, espasmódica, ruidosa; golpeia somente a superfície dos problemas, sem resolver qualquer deles. Ao invés, criando-lhes sempre outros – como é costumeiro na desoladora experiência da pós-modernidade.

8. BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. La violenza e la forza: alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di politica. *Dei delitti e delle pene*. Torino: Edizioni Gruppo Abele, 1993. n. 2.

FEUERBACH, Paul Anselm Johann von. *Revision der grundsätze und grundbegriffe des positiven peinlichen rechts*. Bd. II. Frankfurt: Sauer u. Auvermann, 1799-1800.

ROXIN, Claus. Straftaten im rahmen organisatorischer machtapparate. In: GRÜNTZER, Heinrich (ed.). *Goltdammer's archiv für strafrecht*. Hamburg: R. v. Decker's Verlag, 1963.

APÊNDICE – PROPOSTA DE ELABORAÇÃO LEGISLATIVA

Reato associativo

Stabilire che quando la realizzazione di um reato è determinada o agevolata da un'organizzazione di tre o più persone, idonea e diretta a commettere più reati, i concorrenti soggiacciono alla pena prevista per il reato commesso, aumentata da un terzo alla metà.

Stabilire che i concorrenti che dirigono l'organizzazione soggiacciono alla pena prevista per il reato commesso, aumentata dalla metà a due terzi.

Recesso e ravvedimento post delictum

Chi volontariamente impedisce l'evento, o contribuisce efficacemente al suo impedimento, soggiage alla pena prevista per il reato tentato, determinado o agevolato dall'organizzazione, diminuita dalla metà ai due terzi.

Chi si adopera efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o periculose del reato determinato o agevolato dall'organizzazione, soggiace alla pena prevista per il reato, diminuita fino alla metà.

Delito associativo

Quando a realização do delito é determinada ou facilitada pela organização de três ou mais pessoas, idônea e dirigida à prática de delitos, aplica-se aos concorrentes a pena prevista pelo crime cometido aumentada de um terço à metade.

Aos concorrentes que dirigem a organização aplica-se a pena prevista pelo crime consumado aumentada da metade a dois terços.

Arrependimento eficaz e arrependimento posterior

Ao agente que, voluntariamente, impede o resultado ou contribui de forma eficaz a seu impedimento, aplica-se a pena prevista para o crime tentado, determinado ou facilitado pela organização, reduzida da metade a dois terços.

Ao agente que empreende esforços eficazes para elidir ou atenuar as consequências danosas ou perigosas de crime determinado ou facilitado pela organização, aplica-se a pena prevista para o crime reduzida até metade.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Ausência do tipo penal de organização criminosa na legislação brasileira, de René Ariel Dotti e Gustavo Britta Scandelari – *RCP* 13/332;
- Crime organizado e sistema jurídico brasileiro: a questão da conformação típica, de Luiz Régis Prado e Bruna Azevedo de Castro – *RT* 890/409;
- Crime organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal, de André Luis Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – *RBCCrim* 79/7;
- Criminalidade organizada: considerações sobre a Lei 9.034, de 03.05.1995, de Patrícia Carraro Rossetto – *RCP* 14/255;
- Obstáculos contemporâneos ao combate às organizações criminosas, de Gustavo Senna Miranda – *RT* 870/459; e
- Reflexões sobre o crime organizado e as organizações criminosas, de Ana Luiza Almeida Ferro – *RT* 860/456.

5642.

1 A QUESTÃO DA VULNERABILIDADE NO DIREITO PENAL SEXUAL BRASILEIRO

JOÃO DANIEL RASSI

Mestre e Doutorando em Direito Penal pela USP. Professor universitário. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A vulnerabilidade prevista nos crimes sexuais comporta graus e têm consequências penais diferentes tendo, portanto, um sentido polissêmico. Como forma de buscar uma racionalidade legislativa, ela deve ser interpretada como sendo "vulnerabilidade real". O consentimento do ofendido exclui a tipicidade do crime sexual. A vulnerabilidade real exclui o consentimento ou por falta de capacidade, ou por vício, dando ensejo a configuração típica. Ela existe quando se estiver diante do abuso ou da exploração sexual. No caso do menor entre 12 e 14 anos o abuso sexual é constituído de dois elementos: um objetivo, idade da vítima e outro subjetivo, imaturidade do menor. No caso do menor de 12 anos a vulnerabilidade é absoluta. Para a configuração do crime de tráfico de pessoas a vulnerabilidade (real) também é exigida, diante do disposto pelo Aditivo ao Protocolo de Palermo, do qual o Brasil é signatário.

PALAVRAS-CHAVE: Consentimento sexual - Vulnerável - Tráfico de pessoas.

ABSTRACT: The anticipated vulnerability in sexual crimes allows for degrees and has different criminal consequences; therefore it is polysemic. In search for legislative rationality, it must be interpreted as a "real vulnerability". The consent of the victim excludes the typicality of the sexual crime. The real vulnerability excludes consent due to lack of capacity or addiction, allowing for the typical configuration. It exists when dealing with abuse or sexual exploitation. In the case of minors between 12 and 14 years of age, sexual abuse is established by two elements: an objective one, the age of the victim, and a subjective one, the lack of maturity of the minor. When dealing with minors under 12 years of age, the vulnerability is absolute. To configure the crime of human trafficking, the (real) vulnerability is also a requirement according to the stipulations in the addendum to the Palermo Protocol, ratified by Brazil.

KEYWORDS: Sexual consent - Vulnerable - Human trafficking.

SUMÁRIO: 1. Nota introdutória – 2. O consentimento da vítima no direito penal sexual – 3. A capacidade da vítima – 4. O bem jurídico sexual protegido cujos titulares são as vítimas vulneráveis – 5. A vítima "vulnerável" – 6. A vulnerabilidade como capacidade de compreensão: 6.1 A vulnerabilidade do art. 217-A, *caput*, do CP; 6.2 A vulnerabilidade do art. 217-A, § 1.º, do CP – 7. Da vulnerabilidade como vício do consentimento: 7.1 Da situação de vulnerabilidade do art. 231 e do art. 218-B do CP; 7.2 A autocolocação da vítima em risco no tráfico de pessoas – 8. Considerações finais – 9. Bibliografia.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

Neste artigo,[1] buscaremos expor a trajetória doutrinária que circunda o tema dos delitos sexuais praticados contra vulneráveis, no contexto da reforma trazida pela Lei 12.015/2009, a partir da discussão em torno da própria noção de vulnerabilidade.

Será abordada a polissemia do conceito vulnerabilidade, existente tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente quanto no Código Penal, neste último empregado em diversos sentidos.

A partir desta polissemia, buscar-se-á uma interpretação integradora entre os conceitos presentes em ambos os institutos legais, com o fim de atingir uma solução doutrinária compatível com a racionalidade legislativa de ambos, daí a importância do tema.

Esta análise será feita a partir da teoria do consentimento (capacidade e vícios) e, considerando que a dimensão do consentimento é entendida a partir da noção do bem jurídico, apontar-se o tratamento dado ao bem jurídico sexual do qual são titulares as vítimas em situação de vulnerabilidade.

Serão estudados, principalmente, nos arts. 217-A e 231 do CP brasileiro, nos quais a sexualidade do menor e da pessoa traficada deve estar relacionado, segundo nosso entendimento, a uma situação de "vulnerabilidade real".

Sob esta ótica, buscar-se-á oferecer soluções aos casos práticos de modo a garantir legitimidade com o direito penal e sua missão de proteção subsidiária a bens jurídicos. Nesse sentido, no que tange a vitimodogmática, serão analisadas condutas relacionadas ao tráfico de pessoas sob a ótica da figura da autocolocação em risco.

---

1. O presente artigo analisa, no seu bojo, um dos temas abordados em nossa palestra da 17.ª edição do Seminário Internacional de Ciências Criminais. Parte do conteúdo também já foi por nós tratado na obra *Crimes contra a dignidade sexual*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, escrita em coautoria com Alessandra Orcesi Pedro Greco, mas agora segue com acréscimos, revisões e atualizações.

2. O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL SEXUAL

Atualmente, assiste-se a uma valorização do papel da vítima no direito penal. Tal fenômeno justifica-se a partir de dois ângulos distintos, como veremos.[2]

Em primeiro lugar, constata-se pela *vitimologia* que o funcionamento do sistema jurídico-penal (polícia, direito e processo) por impedir a participação ativa da vítima, acaba por lhe proporcionar prejuízos adicionais com a chamada *vitimização secundária* – nos crimes sexuais tão grave como a primária[3] – além de frustrar as expectativas do ressarcimento do dano sofrido pelo crime.[4]

Além disso, a própria vitimologia tem mostrado que certas vítimas, de um modo ou de outro, contribuem para a lesão do bem jurídico de que são titulares, podendo ser consideradas, pelo menos em um sentido amplo, como parcialmente corresponsáveis por tal lesão, o que tem permitido que um setor da doutrina alemã se manifeste propenso à construção da *vitimodogmática* (ou seja, à introdução da perspectiva vitimológica na dogmática penal).[5] Seu estudo guarda importância no presente texto, especialmente na análise da vítima vulnerável que se autocoloca em perigo no crime de tráfico de pessoas.

Não obstante as novas perspectivas de política criminal em relação à vítima, nos delitos sexuais seu protagonismo reveste da própria essência desta categoria de delitos, uma vez que é a partir de sua manifestação de vontade que se poderá identificar a prática do crime.

Nos crimes sexuais, portanto, o dissenso da vítima é a base da construção de todo injusto típico. Seu consentimento, por outro lado, quando exercido dentro das condições de validade e sem qualquer vício, produz a exclusão típica. Cabe indagar, portanto, em quais circunstâncias o consentimento da vítima

2. Sendo considerado o tema da moda da política criminal, segundo: MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. In: ROXIN, Claus et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992. p. 185.

3. Manifestada pelas técnicas exculpatórias do autor (chamada de "técnicas de neutralização"), que atribuem à vítima a culpa do crime (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 145 e ss.).

4. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 145 e ss.

5. Idem, ibidem.

poderá ser considerado válido[6] a ponto de afastar consequências penais, ainda que seja verificada a existência de elementos do tipo.

Para que o consentimento seja válido, em primeiro lugar, deve ser manifestado por aquele que consente com o ato sexual, de forma que seja possível de ser apreendido. A exteriorização da vontade, desta forma, é fundamental na avaliação do consentimento, uma vez que deve ser inequívoca, capaz de afastar o elemento "violência ou grave ameaça" presente nos tipos penais referentes a estes delitos. Esta exigência, conforme Roxin, justifica-se pela impossibilidade probatória das vontades internas (tanto do agente quanto da vítima) para a configuração do tipo penal.[7]

Outro fator muito relevante para a análise dos delitos sexuais é a capacidade de compreensão da vítima. Sendo assim, deve também o consenciente ser capaz de compreender o ato sexual, uma vez que o consentimento deve ser sempre visto como expressão da liberdade de ação em geral, sendo eficaz somente quando houver entendimento suficiente do sentido e das consequências de sua expressão.[8]

Finalmente, havendo capacidade de compreensão e sendo o consentimento exteriorizado de modo a ser apreendido, sua validade depende da inexistência de qualquer vício.

---

6. Sobre as teorias do consentimento, cf., entre nós: PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 72 e ss.

7. Que adota a "teoria intermediária" ou "mediadora" defendida por Schmidhäuser. Nesse sentido, ao adotar a teoria intermediária ou mediadora, Roxin rechaça as duas outras teorias: a "da declaração de vontade" ou "do negócio jurídico" (fundada por Zitelmann), cuja concepção tratava o consentimento como um negócio jurídico privado, mediante o qual era outorgado ao agente um direito de intervenção revogável; e a "teoria da direção de vontade", oposta a primeira, que considera o consentimento um mero processo anímico de renúncia, sem que seja necessário manifestar-se no mundo exterior. Roxin rejeita a primeira teoria pelo fato de que o consentimento não se trata de uma obrigação do portador do bem jurídico, pelo contrário, trata-se de um exercício da liberdade geral de ação. Da mesma forma e por outro motivo, não adota a "teoria da direção da vontade" porque muito embora o consentimento se expresse como manifestação interna de vontade, se o pensamento não for manifestado não será "expressão" de vontade, e pela dificuldade de comprovação, não é adequado para vincular consequências jurídicas (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 533).

8. Idem, p. 537.

3. A CAPACIDADE DA VÍTIMA

É possível identificar que o direito penal, do ponto de vista da vítima, leva em conta as pessoas em três categorias: os absolutamente incapazes, relativamente incapazes e os capazes. Dentro da classificação do Código Penal, são absolutamente incapazes os menores de 14 anos e todos aqueles que, de qualquer forma, têm excluída sua capacidade de resistência, dentre eles os plenamente capazes que estejam fragilizados, merecendo proteção especial em virtude de sua condição pessoal de fraqueza individual ou social. Os menores entre 14 e 18 anos são, dentro desta classificação, relativamente incapazes.

Desde logo, é importante ressaltar que a classificação do Código Penal, no tocante à maioridade, não seguiu a disposição do Estatuto da Criança e do Adolescente, exigindo do aplicador da lei punitiva a interpretação das normas. Na previsão estatutária, são absolutamente incapazes os menores de 12 anos, e não os menores de 14, conforme prevê a lei penal.

Esta divergência legislativa será de fundamental importância para a discussão que aqui nos propomos, acerca da capacidade de consentimento da vítima, e da validade deste consentimento. A situação de incapacidade absoluta impossibilita qualquer menção ao consentimento e à capacidade de compreensão necessária para a expressão de uma vontade juridicamente válida. Sendo assim, não há que se questionar, *a priori*, a impossibilidade de consentimento de uma criança menor de 12 anos. Da mesma forma, existe o consenso de que o consentimento de um jovem maior de 18 anos é absolutamente válido, exceto quando se encontrar numa situação específica de vulnerabilidade, da qual trataremos mais adiante.

O problema que se apresenta ao intérprete da lei penal, portanto, reside no lapso dos 12 aos 14 anos, diversamente regulados pelos dois institutos acima mencionados. Os jovens dentro deste intervalo são considerados absolutamente incapazes pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (sendo, portanto inválida sua vontade para as consequências da norma penal) e relativamente capazes pelo Código Penal, de modo que, de acordo com este último, a sua vontade poderá ser considerada, dentro das circunstancias fáticas do delito, para composição da vontade e consentimento.

Cabe, aqui, uma breve menção aos critérios hermenêuticos propostos por Bobbio para a solução das antinomias jurídicas, como a que acima se vê. São eles os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade.[9] Como não há

9. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Ed. UnB, 1996. p. 91 e ss.

hierarquia entre as normas em comento, restar-nos-iam apenas os critérios de tempo e especialidade da matéria, dentre os quais prevalece a Lei 12.015/2009. A solução a que chegamos, segundo estes critérios, de que o menor de 14 anos seria absolutamente incapaz e que, portanto, seu consentimento para a prática de atos sexuais não é válido, mas sim apenas superficialmente procedente.

Isto porque há de se investigar o conteúdo mais profundo destas normas, tanto penal quanto estatutária, que visam à proteção de uma pessoa sem defesas exteriores, frágil para atuar no mundo e, por isso, vulnerável. O ponto de conexão entre o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, portanto, é a carência de proteção legal do menor, e é esta a racionalidade a ser seguida pelo intérprete de ambas as normas.

Esta solução é proporcionada por uma interpretação integradora[10] do sentido das normas, que busca extrair a finalidade legislativa de ambas, e que – especialmente no tocante ao direito penal – pode ser identificada através do bem jurídico protegido. Há que se traçar um ponto de intersecção entre as duas normas, conjugando-se seus sentidos, de forma que os objetivos das duas leis sejam atendidos, dentro de seu campo de especialidade.[11] Com isso afirmamos que, nos delitos contra o menor, deve-se considerar primordialmente a situação de vulnerabilidade que o Estatuto visa proteger, conjugando-a com a vulnerabilidade pensada pelo legislador penal, mas respeitando a capacidade de compreensão do jovem entre 12 e 14 anos sempre que este não estiver em situação de fragilidade.

Combinando-se, assim, os sentidos de ambas as normas, temos uma capacidade relativa de compreensão do jovem entre 12 e 14 anos que nos permite, na análise fática, identificar a validade de seu consentimento, ou a invalidade do mesmo, quando este jovem conviver em uma situação de risco ou de vulnerabilidade.

4. O BEM JURÍDICO SEXUAL PROTEGIDO CUJOS TITULARES SÃO AS VÍTIMAS VULNERÁVEIS

Não se pode olvidar, porém, que, em qualquer estudo do consentimento, é imprescindível a indicação do bem jurídico cujo titular consente em dispor. Assim, entende-se que dimensão do consentimento deve ser consoante com a

10. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

11. LEITÃO, Andre Studart. A exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes da previdência social. *Revista Âmbito Jurídico*. vol. 54. Rio Grande: Âmbito Jurídico, 30.06.2008. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2804].

própria noção do bem jurídico em análise,[12] ou que a eficácia jurídico-penal do consentimento é dada em função do bem protegido a que se refere e, mas concretamente, de como foi plasmado nos tipos legais.[13]

A delimitação do bem jurídico sexual, em termos gerais, tem sido objeto de intenso debate na doutrina. Modernamente, tem-se conferido interpretação no sentido de se excluir qualquer conteúdo moral do seu conceito, chegando-se a sustentar que o único bem jurídico digno de tutela, nesses termos, seria a liberdade sexual.[14]

Da mesma forma, polêmica também é sua delimitação especificamente em relação às situações particulares em que o bem jurídico tem como titular pessoas vulneráveis, como o menor e aquele que é objeto do tráfico de pessoas.

Nesse sentido, no que diz respeito ao menor, sustenta-se que o bem jurídico não tem o objetivo de interiorização, pela juventude, de certos valores morais da conduta sexual, mas sim a protegê-los de certos estímulos, até que eles sejam capazes de decidir por si próprios acerca de sua sexualidade.[15] Isto porque a confrontação sexual pode provocar prejuízos no adequado e normal desenvolvimento de sua formação sexual, ou perturbações de seu equilíbrio psíquico derivados da incompreensão do comportamento. No que diz respeito aos incapazes ou doentes mentais, a ênfase se coloca nas repercussões negativas que tais contatos sexuais podem ter em seu normal processo de socialização, em virtude da sua incapacidade para controlar os instintos e sua fácil utilização de meros objetos sexuais para desfrute de outras pessoas.[16] Por outro lado, há quem sustente que o bem jurídico do menor é a liberdade sexual já que crimes contra a "autodeterminação sexual são, na realidade, crimes contra a liberdade individual do menor, *maxime*, contra sua liberdade sexual", além da proteção da infância e da juventude como um bem jurídico supraindivudal.[17]

---

12. Conforme afirma: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais – Bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 231.
13. FELLINI, Zulia. *Delito de trata o tráfico de niños*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 137.
14. Vide, por todos: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, op. cit., p. 154 e ss. e, a respeito de nossa posição, ver: GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, op. cit., p. 66 e ss.
15. NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. *O direito penal sexual: conteúdo e limites*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 153.
16. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 6/81.
17. ALFAIATE, Ana Rita. *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 89. De forma semelhante, ver: SANCHEZ TOMAS, Jose M. Los abusos sexu-

No que tange ao tráfico de pessoas, pelo menos três posições podem ser identificadas na doutrina. Há quem sustente que o bem jurídico seria a proteção genérica dos direitos humanos, onde o bem jurídico seria a dignidade da pessoa humana em sentido amplo.[18] Protege-se, deste forma, também e todos os bens jurídicos que, por meio dela, possam ser afetados por meio de uma ofensa à dignidade humana – considerando-se esta como um bem jurídico coletivo, a ser posteriormente individualizado.[19] Para outra parte da doutrina, com base no Aditivo do Protocolo de Palermo, o bem jurídico protegido é a regulação socioeconômica dos fluxos migratórios o bem jurídico protegido pela Convenção, na medida em que o fluxo migratório irregular é um fenômeno socioeconômico, que afeta a segurança nas fronteiras nacionais e transforma-se em uma questão social a ser solucionada pelos países de destino destes imigrantes.[20] Por fim, há autores que defendem o direito dos estrangeiros como bem jurídico tutelado.[21]

---

ales em el Código Penal de 1995: en especial sobre o menor de doce años y abusando de trastorno mental. *Cuadernos de Política Criminal* 61/109 e ss.

18. No mesmo sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal, parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 35; TAMARIT SUMALA, Josep María. *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*. Navarra: Aranzadi, 2000. p. 95.

19. Cf. Pérez Cepeda que, após reconhecer a existência de um paralelismo entre os delitos de tráfico de imigrantes com os crimes de tráfico sexual de pessoas e favorecimento de imigração clandestina de trabalhadores, crimes estes de perigo concreto (risco de lesão da liberdade sexual ou dos direitos dos trabalhadores), considera tais condutas pluriofensivas na medida em que cuidam de bem jurídico de caráter predominantemente coletivo, pois tratam de proteger a dignidade de um grupo ou de uma coletividade, dentro do qual, em concreto, protegem os direitos dos trabalhadores ou a liberdade sexual (PÉREZ CEPEDA, Ana Izabel. *Globalización, tráfico internacional ilicito de personas y derecho penal*. Granada: Comares, 2004. p. 170 e ss.), considerando o bem jurídico protegido. Vide, também: POZUELO PEREZ, Laura. Tráfico de personas y explotacción sexual. In: RIEZU, Antonio Cuerda; GARCIA SANCHÉZ, Beatriz. *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*. Madrid: Dykinson, 2006. p. 451-474.

20. Tese defendida por Rodríguez Montañés (PÉREZ CEPEDA, Ana Izabel, op. cit., p. 163 e ss.). SANTANA VEGA, Dulce Maria. El tratamiento penal de la inmigración clandestina. In: MIR PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Protección penal de los derechos de los trabajadores: seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*. Madrid: Edisofer, 2009. p. 528.

21. Cf. GARCÍA ALVARES, Pastora; DEL CARPIO DELGADO, Juana. Los delitos relativos al regímen de extranjería. In: BERNOT, Rodrígues; MÉNDEZ, Hornero. *El nuevo derecho de extranjería*. Granada: Comares, 2001. p. 389. FERNÁNDES TERUELO, Javier Gustavo. El

De mais a mais, com a noção de bem jurídico e a possibilidade de sua disposição, deve-se avaliar num primeiro plano, se, no caso concreto houve ou não consentimento ou, dependendo do caso, se a pessoa que aderiu era apta a consentir. A partir disto, pode-se verificar a existência de outros elementos positivos ou negativos,[22] como a vulnerabilidade da vítima e o abuso ou exploração.

5. A VÍTIMA "VULNERÁVEL"

A vulnerabilidade (ou fragilidade) pode apresentar graus e consequências penais diversas, tendo em vista a avaliação que o legislador faz do grau do nível de abuso dessa condição. São "vulneráveis" as pessoas que merecem maior proteção, porque estão em situação de fragilidade, ensejando diversos efeitos penais em certas condutas praticadas contra elas.

Com a nova redação, o art. 217-A do CP definiu o vulnerável como o menor de 14 anos para fins do estupro, e existem também outras situações, previstas em artigos diversos, como a agravante ou aumentos de pena se o crime é praticado contra criança, adolescente ou idoso. Ademais, há crimes em que a condição de fragilidade da vítima fundamenta a própria existência do crime, como o tráfico de pessoas, seja para o trabalho escravo ou análogo, seja para a exploração sexual. Outros ramos do direito também consagram proteção especial a determinadas pessoas, como o direito do trabalho, o direito do consumidor etc.

A questão gira em torno de um dilema: se a pessoa é maior e capaz, qual a legitimidade de o direito penal incriminar condutas em face do poder de autodeterminação de cada um e em face da disponibilidade dos direitos individuais?

Esta questão se origina principalmente da assinatura, pelo Brasil, do tratado relativo à prevenção, repressão e punição ao tráfico de pessoas e o aditivo relativo ao contrabando de imigrantes, constantes do Tratado das Nações Unidas para o combate à criminalidade organizada, especialmente em função do histórico das pessoas tradicionalmente vítimas deste tipo de delito. A alínea *b* do art. 3.º do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (promulgado pelo Dec.

---

proceso social de determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración. In: FARALDO CABANA, Patricia. *Derecho penal de excepción. Terrorismo y inmigración*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2007. p. 248.

22. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, op. cit., p. 231.

5.017/2004) afirma que é irrelevante o consentimento da vítima para ser objeto de tráfico, se esta se encontra em "situação de vulnerabilidade".

A vulnerabilidade deste grupo de vítimas decorre especialmente do modo de vida em situação de especial precariedade econômica e familiar, geralmente por estarem em meio a conflitos armados, situação de carestia extrema, privadas das condições mais básicas de vida, e que acabam consentindo em serem traficadas para outros Estados.

Sendo assim, é a especial vulnerabilidade da vítima, a ser avaliada no caso concreto, que nos permite inferir a legitimidade de tal proteção pessoal, na medida em que aquela, ainda que capaz, apresenta alguma fragilidade especial que a expõe mais facilmente à ação de pessoas ou grupos que, aproveitando-se dessa situação, auferem vantagens.

Sob outro aspecto, a Lei 12.015/2009 optou por utilizar a palavra *vulnerabilidade* para referir-se às situações que a doutrina estrangeira denomina *abuso sexual,* ou seja, nos casos em que o consentimento da vítima não é considerado. Assim, o Capítulo II do Título VI, foi denominado "Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável", abrangendo os arts. 217-A, 218, 218-A e 218-B do CP. No entanto, entendemos ser equívoca tal denominação, uma vez que pode apresentar vários significados nos tipos penais em que foi empregada, sendo necessário diferenciar cada uma das situações.

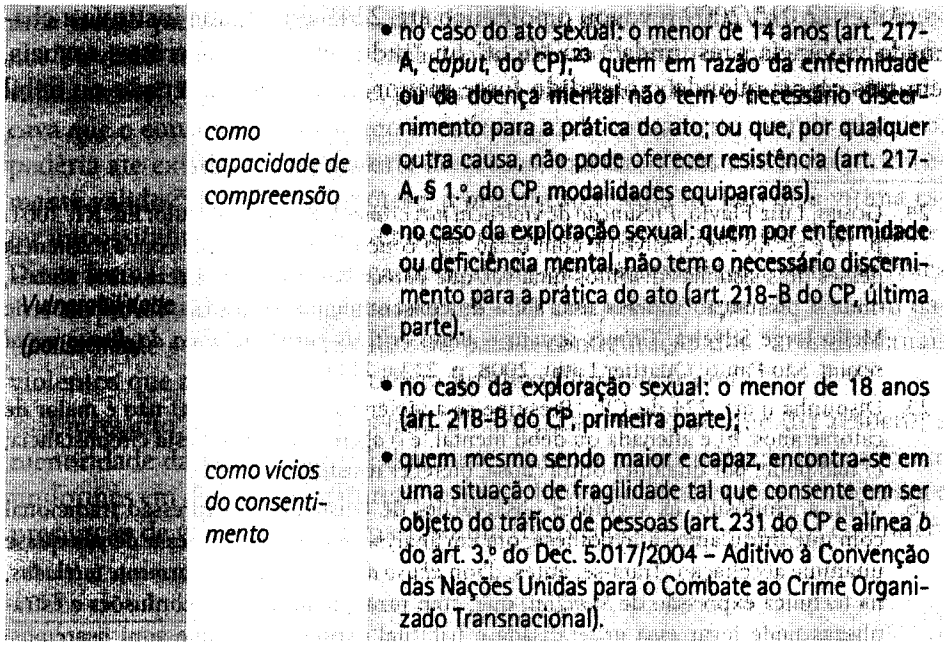
Assim, a vulnerabilidade é empregada para definir diferentes situações: (a) o caso da vítima menor de 14 anos, no caso de ato sexual, ou de 18 anos, no caso da exploração sexual; (b) a hipótese de quem, em razão da enfermidade ou da doença mental, não tem discernimento para consentir, é enfermo ou doente mental, em razão disso não possui discernimento para prática do ato e; (c) o caso daquele que, mesmo sendo maior e capaz, encontra-se em uma situação de fragilidade tal que consente em ser objeto do tráfico de pessoas.

Obviamente, cada uma das situações guarda sua peculiaridade, uma vez que, como dito, a vulnerabilidade comporta graus e tem consequências penais diferentes, a depender da avaliação que o legislador faz do grau de abuso dessa condição, e, também, a avaliação que fará o julgador, tendo em vista o bem jurídico tutelado pela norma.

Uma das formas de melhor compreender cada uma das situações previstas pelo legislador em que a vítima é considerada "vulnerável" é identificá-las dentro da teoria do consentimento. Nesse sentido, a vulnerabilidade poderá ser encontrada dentro da capacidade de compreensão da vítima, ou como vício do consentimento, como acontece nas hipóteses previstas no art. 231 do CP (tráfico de pessoas), e naquela prevista no art. 218-B do CP, sobre a exploração

sexual do menor de 18 anos e, finalmente, no crime de assédio sexual (art. 216-A do CP).

Assim, nossa afirmação sobre a polissemia da palavra "vulnerabilidade" pode ser melhor compreendida com o com o seguinte quadro:



6. A VULNERABILIDADE COMO CAPACIDADE DE COMPREENSÃO

Sob esta rubrica agruparemos os casos de crimes sexuais em que falta, por parte da vítima, capacidade de compreensão, pressuposto do consentimento válido e eficaz, uma vez que, como já dito, o consentimento deve ser visto como uma expressão da liberdade geral, inexistente por parte de quem não tem suficiente entendimento do sentido e das consequências do ato sexual.

Sustenta-se a existência de dois sistemas para se proteger os hipossuficientes, ou aquelas pessoas que apresentem uma fragilidade especial, segundo Go-

23. Exceção apenas no caso de menor entre 12 a 14 anos, menoridade que, segundo sustentaremos logo no próximo tópico, não é absoluta, porque dependerá de um juízo de valor sobre a existência ou não de abuso sexual. Desse modo, poderá ser falar em consentimento viciado ou válido (existindo ou inexistindo a capacidade de compreensão), desde que haja ou não o abuso sexual.

mes. O primeiro seria o da *presunção de violência*, que foi acolhido, segundo o autor, pelo Código Penal de 1940, antes de sofrer a reforma pela Lei 12.015/2009, como adiante será comentado. O outro, aceito na Alemanha, Itália, entre outros países, equipara ou assimila a violência à falta de consentimento válido (ou impossibilidade de resistência).[24]

A Lei 12.015/2009 revogou o polêmico art. 224[25] do CP, que instituía a chamada violência presumida[26] ou "ficta" ou "indutiva" para os crimes sexuais, em três casos: quando o ofendido fosse menor de 14 anos; alienado ou débil

---

24. GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 19 e ss. Ao revés, Silveira, com razão, não concorda inteiramente com a existência desses dois sistemas distintos uma vez que parece haver uma inteireza entre ambos, onde a presunção suporta uma falta de consentimento válido (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. *Crimes sexuais – Bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 213 e 214).

25. Dispunha o art. 224 do CP: "Presume-se a violência, se a vítima: *a)* não é maior de catorze anos; *b)* é alienada ou débil mental, e o agente conhecida esta circunstância; *c)* não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência".

26. Vêm, a propósito, as seguintes observações de Gusmão: "A expressão tradicional com que intitulamos a hypothese, ora em analyse, é imprópria, apezar de sua quase unanime acceitação. Trata-se, antes, d'um *abuso de pessoas particularmente tuteladas*, na technica expressão de *Manzini*, que, com razão, lembra a que confusões e estranhezas póde levar essa generalisada e habitual expressão, de que aqui usaremos, apenas, para maior facilidade de comprehensão deante da linguagem jurídica já penetrada nos hábitos" (GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos crimes sexuaes*. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1923. p. 170). Em reforço, Manzini, citado por Hungria, entende que "não se deve falar em *presunção de violência*, pois o que ocorre é que a lei impõe um *dever absoluto de abstenção* de relações sexuais com certas pessoas (impúberes, dementes), que ela particularmente protege, considerando-as *carnalmente invioláveis*, ainda quando consenciente", mas o próprio Hungria refuta tais argumentos logo adiante: "E não pode ter êxito perante o próprio Código italiano, que coloca sob as mesmíssimas rubricas de'*violência* carnal' e 'atos *violentos* de libidinagem', os crimes sexuais praticados com violência real e os praticados contra impúberes e dementes. É certo que aí não se fala em 'presunção de violência', mas há, evidentemente, uma *equiparação* à violência, o que, afinal, vem a dar na mesma coisa" (HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. vol. VIII, p. 219-220). Na explicação de Silveira, a equiparação dada existe uma vez que, mesmo não se constatando objetivamente a incidência da violência, entendeu por bem o legislador que, subjetivamente, deveria ser considerada presente a ideia do implemento da força, já que, "em determinados casos, a vítima poderia ter tolhida sua capacidade de resistência, como se vítima de violência tivesse sido" (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira, op. cit., p. 213 e 214).

mental; e, finalmente, quando não pudesse por qualquer outra causa oferecer resistência ao agente.

Na sistemática anterior, a doutrina explicava que a presunção de violência,[27] ao menos no que diz respeito às duas primeiras hipóteses do hoje revogado art. 224 do CP (a menoridade e debilidade mental), guardava seu fundamento em uma ficção jurídica (*fictioius*), consistente em que a vítima "só por ser menor ou débil mental não tem capacidade para consentir ou não pode fazê-lo validamente",[28] presumindo-se, portanto, a existência de violência. Isso implicava que o consentimento, como manifestação de vontade no mundo objetivo, poderia até existir – e, na maioria dos casos, existia –, mas não seria juridicamente válido.[29] Na última hipótese, a presunção residia no fato de a vítima estar impossibilitada, por qualquer outra causa, de oferecer resistência ao agente. Dessa forma, a adequação típica viria, ainda que não existisse a *violência* física (*vis corporalis*) ou moral (grave ameaça – *vis compulsiva*), que são reais ou naturais, e que servem de pressupostos para a configuração dos "crimes sexuais violentos que atentam contra o bem jurídico *liberdade sexual*".[30]

Entretanto, quando da vigência do art. 224 do CP, no que diz respeito à menoridade da vítima, tanto a doutrina quanto a jurisprudência nunca foram uniformes em definir sua natureza jurídica, havendo aqueles que consideram a presunção de violência de forma absoluta (*iuris et de iure*),[31] e outros entendem

27. Lembra Costa Júnior, o primeiro a estabelecer a violência presumida foi um prático da Idade Média, Carpzovio, baseado em dois textos do *Digesto*: um, de Pompônio, concluía pela inexistência da vontade nos dementes e interditos (*nullavoluntas est*). O outro, de Celso, no sentido de que aquele que não pode querer, logo não quer (*qui velle non potuit, ergo noluit*) (COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. 3, p. 129-120).

28. GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 17 e ss.

29. COSTA JÚNIOR, Paulo José da, op. cit., p. 129-130.

30. Segundo a própria Exposição de Motivos Código Penal, Parte Especial (n. 70), o fundamento da existência da ficção legal "no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu *consentimento*". A ausência de consentimento válido também serviu de fundamento para estender a presunção ao alienado ou débil mental, e em relação a eles não há duvida na doutrina sobre a relatividade da presunção (vide: GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 17). Sobre o tema, de forma completa, ver por todos: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, op. cit., p. 216 e ss.

31. Sobre esse ponto de vista, era irrelevante a experiência sexual do menor ou suas condições individuais, havendo sempre a presunção de invalidade de seu consentimento por ter sido essa a opção do legislador. Vide, entre outros, como um dos defensores

que o tipo do art. 224 do CP tem natureza relativa (*iuris tantum*),[32] parecendo ter sido esta última a posição preponderante.[33] Houve também posturas doutrinárias propugnando pela inconstitucionalidade do dispositivo.[34]

---

do caráter absoluto da presunção: FARIA, Antonio Bento. *Código Penal Brasileiro (comentado)*. Rio de Janeiro: Record, 1961. vol. VI, p. 65. As críticas endereçadas ao absolutismo da presunção consistiam nas ofensas processuais da violação do princípio da presunção de inocência, da busca da verdade e do livre convencimento do juiz, impossibilitado que estava de valorar a prova etc., acarretando "previsão de um crime de desobediência à moralidade e os bons costumes" (vide: CUNHA, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência sexual presumida*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 39) socialmente dominantes (vide: KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. ano 1, n. 2, p. 277; e GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 44).

32. Admitindo prova em contrário, portanto. Os fundamentos dessa opção eram divididos em dois grupos. O primeiro, de conteúdo moral, de que não haveria crime se comprovado tivesse a experiência sexual do menor. O outro, no fato de que o menor nos dias de hoje possui maior experiência a respeito dos atos sexuais, ainda que teórica, tendo condições de consentir. Também o entendimento que a presunção era relativa não foi imune a críticas embora tenha sido uma evolução do entendimento anterior. Quanto ao primeiro fundamento, que levava em consideração a vida pregressa da vítima, nada mais fazia do que tutelar a moral sexual, como se a honestidade fosse elementar do crime. Em relação ao segundo, mesmo que se inverta o ônus da prova, há ofensa ao princípio da presunção de inocência por continuar incriminando condutas por presunções (Cf., especialmente: GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 75-76).

33. A afirmação é de: FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 3029. No mesmo sentido concluiu Pierangeli: "Atualmente, a doutrina inclinou-se decisivamente pela tese da presunção relativa" (PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídicos penais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 168).

34. Essa foi a posição, por exemplo, de Gomes. A inconstitucionalidade do referido dispositivo, segundo o autor, existiria já que o direito penal não admite presunções de culpa. Assim, o art. 224 do CP na locução "presume-se a violência" não teria sido recepcionado pela Constituição, ocorrendo a chamada inconstitucionalidade superveniente. A inconstitucionalidade seria parcial, sob pena de não existir mais o crime *sexual abusivo*. Assim, sob seu ponto de vista, o art. 224 do CP passaria a ser intitulado *dos crimes de abuso sexual*, tratando de casos em que não haveria nem violência real, nem ato voluntário. O consentimento passaria então a ser o referencial do julgador, podendo haver casos em que uma vítima, com perturbação mental, por exemplo, dependendo do grau de sua compreensão, terá seu consentimento válido ao ato sexual, ou até mesmo embriagada, dependendo do grau da embriaguez, casos em que não haveria ofensa à liberdade sexual. Por fim, em relação ao menor, Luiz Flávio Gomes estabelece critérios com base no Estatuto da Criança e do Adolescente da seguinte

Em seu lugar o art. 217-A do CP, que considera crime o ato sexual praticado com menor de 14 anos passou a considerá-lo vulnerável. No seu § 1.º, instituiu situações equivalentes à menoridade inferior a 14 anos, quais sejam, a incapacidade de resistência da vítima por enfermidade ou doença mental, que não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

A nova Lei acabou acolhendo entendimento doutrinário de que as hipóteses do art. 217-A do CP não tratavam de verdadeira presunção e sim que a qualidade de menor integrava a descrição típica, e criou o estupro do vulnerável.

As situações de vulnerabilidade e equiparadas tal como dispostas no art. 217-A do CP, que configuram crime são as seguintes: (a) o ato sexual praticado com menor de 14 anos; (b) o ato sexual com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; (c) o ato sexual com alguém que não pode oferecer resistência.

6.1 A vulnerabilidade do art. 217-A, caput, *do CP*

Na primeira hipótese, como já dito, a menoridade passou a ser elemento do crime de estupro de vulnerável, optando o legislador por manter a posição doutrinária de que o menor não tem liberdade, ou se tem, não tem consentimento para exercê-la em razão da idade.

Não se trata, contudo, de um elemento de natureza absoluta. Como elemento do tipo, ele é *normativo* e, no caso específico, poderá ser interpretado de acordo com o que foi estabelecido como critério legal de menoridade no Estatuto da Criança e do Adolescente – ou seja, é considerado menor, ou criança, aquele que não atingiu 12 anos. Assim, no caso de menores de 12 anos, há integração das normas penais e estatutárias quanto à incapacidade da criança, e por isso a idade aqui terá um papel definitivo na formação do tipo.

Por outro lado, como já apontamos brevemente acima, a elementar da idade da vítima não é absoluta quando se estiver diante de um menor entre 12 e 14

---

forma: se for menor de 12 anos (criança), esta não poderá consentir validamente, havendo sempre *abuso sexual*, já que nos termos do Estatuto não está ela sujeita a sanções porque o legislador entendeu que não tinha capacidade de compreensão para tal. Ao contrário, se for adolescente, que segundo o Estatuto tem "certa" capacidade de compreensão ficando inclusive sujeito a sanções, poderá seu consentimento ser válido desde que seja comprovado seu discernimento no caso concreto (GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 91 e ss).

anos, caso em que sua vulnerabilidade será constatada no caso concreto, tendo em vista a sua relativa capacidade. Assim, verificar-se-á se houve ou não abuso na relação sexual entre o maior e o menor, que causou dano para este último, reforçando a afirmação de Roxin já acolhida de que capacidade de compreensão é matéria de fato.

Esta interpretação, que se concebe a idade como uma elementar de natureza normativa, permite suavizar o rigor da lei como nos casos, não tão raros assim, da relação sexual do maior de 18 anos com sua namorada de 13 anos, preocupação que já era propugnada pela doutrina quanto à natureza do revogado art. 224 do CP (se absoluta), e que, com a nova lei, parece permanecer.[35] No entanto, em se tratando de menor de 12 anos, fica mantida a presunção de vulnerabilidade, *jure et de jure*, havendo a tipicidade.[36] Assim, é possível encontrar uma aplicação razoável da capacidade de compreensão da vítima, a informar a situação de vulnerabilidade ou não desta, no caso concreto.

Sob outra perspectiva, temos a segunda situação de vulnerabilidade do art. 217-A, *caput*, do CP, quando esta se traduz na incapacidade de resistência ao abuso. A existência do abuso implica, segundo Leite, em um aproveitamento, por parte do agente, "de uma circunstância pré-existente susceptível de

35. Vide, por todos: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Estupro bilateral: um exemplo limite. *Boletim IBCCrim* 202/8-9. Em acréscimo, ainda sob a ótica do revogado art. 224 do CP, havia julgados nesse sentido. Assim decidiu, por exemplo, a 6.ª T. do STJ, no HC 88.664/GO, j. 23.06.2009, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 08.09.2009: "Estupro mediante violência presumida. Vítima com 13 anos e 11 meses de idade. Interpretação abrangente de todo o arcabouço jurídico. Incluindo o ECA. Menor a partir dos 12 anos pode sofrer medidas socioeducativas. *Habeas Corpus* como instrumento idôneo para desconstituir sentença condenatória. Descaracterização da violência e, pois, do estupro. Ordem concedida. 1. Se o ECA aplica medidas socioeducativas a menores a partir dos 12 anos, não se concebe que menor com 13 anos seja protegida com a presunção de violência. 2. *Habeas corpus* em que os fatos imputados sejam incontroversos é remédio hábil a desconstituir sentença condenatória. 3. Ordem concedida".

36. Caso se sustente como Sanchez Thomaz que o menor possui liberdade sexual, em se tratando daquele entre 12 a 14 anos, o seu consentimento ao ato sexual será válido quando não houver a situação de abuso. No entanto, com a mesma idade, havendo abuso sexual, seu consentimento será considerado viciado havendo, à vista disso, o crime sexual. A partir desse raciocínio, conclui-se, dessa maneira, que a elementar da idade da vítima sendo considerada normativa implica também em considerar o consentimento do menor, entre 12 a 14 anos como circunstância típica sujeita à apreciação.

colocar a vítima numa situação de fragilidade, para alcançar um objectivo ou conseguir uma prestação de outrem que, de outra forma, nunca aconteceria".[37]

Assim, segundo Leite, o abuso é constituído de dois elementos: um objetivo, consistente em uma circunstância de desigualdade; e outro subjetivo, baseado no aproveitamento desta circunstância. Concretamente, no que diz respeito à situação de desigualdade, ela estará quase sempre presente pelo simples fato de se tratar de um adulto, embora não necessariamente. Será de forma manifesta, no entanto, quando se tratar de uma figura de autoridade (pai, professor, treinador, tutor etc.) ou quando haja relação de dependência econômica ou de qualquer outra natureza.[38] No que tange ao aproveitamento da vulnerabilidade e imaturidade do menor, segundo requisito, pode ser mencionada hipótese em que o consentimento é obtido por meio de troca de dinheiro, presentes etc., tendo em vista a pouca compreensão do menor do significado ou das consequências do comportamento sexual. Finalmente, não haverá abuso sexual, segundo a autora, em se tratando de relações em que há afeto, como nas *experiências sexuais entre menores*, desde que sejam naturais e façam parte do saudável desenvolvimento da identidade sexual.[39]

Os exemplos que a jurisprudência nos fornece são imprescindíveis para ilustrar a tese que se apresenta.

Exemplo 1: Tício passou a namorar a vítima, com então 11 anos de idade, mantendo com ela conjunção carnal, fatos descobertos pela gravidez indesejada.[40]

---

37. A definição mais completa, segundo a citada autora, é aquela apresentada pelo National Center on Child Abuse and Neglect, segundo o qual o abuso sexual englobará quaisquer "(...) contactos ou interacções entre uma criança e um adulto, quando a criança é utilizada para satisfação sexual do abusador ou de outra pessoa. O abuso sexual pode ser cometido entre menores, desde que o agressor seja significativamente mais velho do que a vítima, ou quando está numa posição de poder ou controlo sobre a outra criança" (LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia*. Lisboa: Almedina, 2004. p. 41).

38. Não é necessário, porém, que haja uma grande diferença de idades para caracterizar o abuso, no seu sentido amplo (vide nota de rodapé anterior). Pode acontecer do menor se encontrar em uma posição de submissão em face do outro menor (por causa de uma superioridade física ou mental), ou quando um dos menores tem forte ascendência sobre o outro (no âmbito de relações familiares, ou nos casos de autoridade delegada). Tudo conforme: LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia*. Lisboa: Almedina, 2004, p. 43. Sobre os abusos nas relações intrafamiliares, vide: BITENCOURT, Luciane Potter. *Vitimização secundária infanto-juvenil e violência sexual intrafamiliar – Por uma política pública de redução de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 76 e ss.

39. LEITE, Inês Ferreira, op. cit., p. 44 e ss.

40. Variante do caso julgado pela ApCrim 46050005019 do TJES.

Exemplo 2: Mévio, casado, entreteve namoro com a adolescente, menor de 14 anos (e maior de 12), tendo inclusive pedido autorização ao pai desta para namorá-la. Negada a autorização, não resistiu em levá-la ao motel, onde o casal se entregou às práticas sexuais.[41]

Exemplo 3: Pai convence a filha menor, entre 12 e 14 anos, de que certos toques de conotação sexual são normais ou naturais porque significam demonstração de amor filial, conseguindo, dessa forma, que ela não resista, por receio de que o pai pense que não gosta dele.[42]

No exemplo 1, a vítima, que conta com 11 anos é considerada vulnerável para efeitos legais, tendo em vista a interpretação sistemática com o Estatuto da Criança e Adolescente, independentemente de sua experiência sexual ou situação de inferioridade em relação ao adulto que com ela pratica o ato. Aqui, o bem jurídico não se restringe à liberdade sexual da criança, mas tem em vista também o desenvolvimento sexual saudável das crianças e jovens.[43]

O mesmo não ocorre no exemplo 2, em que a vítima é maior de 12 anos, mas ainda não atingiu 14, o que permite um juízo sobre sua situação de vulnerabilidade. Note-se que o consentimento obtido da menor não trouxe nenhuma situação que demonstrasse uma desigualdade em relação ao maior de modo que ficasse evidente o aproveitamento deste. Desse modo, não há que se falar de abuso sexual.

É muito importante que se trace a diferença entre a vulnerabilidade como abuso e vulnerabilidade como capacidade de consentimento, uma vez que a consideração da capacidade relativa do menor entre 12 e 14 anos para a prática do ato sexual (como se traçou no item anterior) não significa que os jovens nesta mesma faixa etária fiquem despidos da proteção normativa.

A vulnerabilidade é entendida, assim, como vício de consentimento, e não como capacidade de compreensão. Ainda que nos exemplos acima a idade das vítimas seja muito próxima, as situações apresentadas encontram-se em polos opostos, pois ainda que haja capacidade de compreensão, como no último exemplo, a existência do abuso afasta qualquer possibilidade de consentimento.

---

41. Caso decidido pelo STJ, 6.ª T., HC 88.664/GO, j. 23.06.2009, rel. Min. Og Fernandes, rel. p/ acórdão Min. Celso Limongi, *DJe* 08.09.2009.

42. Com as devidas adaptações, exemplo de: LEITE, Inês Ferreira, op. cit., p. 43, nota de rodapé 80.

43. ROXIN, Claus. Dependencia e independencia del derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 59/5-24.

A racionalidade que seguimos fundamenta-se, especialmente, em dois fatores: o primeiro liga-se às transformações sociais a que o direito deve responder, respeitando a autonomia sexual do jovem e seu livre desenvolvimento, quando este não estiver em situação vulnerável, e o segundo relaciona-se mais proximamente com a realidade social de nosso país, no tocante às estatísticas de abuso sexual, que requerem maior atenção do Poder Público.

Segundo um levantamento realizado pelo Centro de Referência de Saúde da Mulher, da cidade de São Paulo, foram atendidas, somente no ano de 2011, mais de 2 mil crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual.[44] No período de 1994 a 2010, 67% dos mais de 23 mil casos de violência sexual atendidos pelo mesmo hospital envolviam crianças ou adolescentes, sendo que em 90% dos casos houve repetição do ato. Estudos também estimam que de 80% a 95% dos casos de abuso sexual não são conhecidos ou comunicados.[45]

A situação de vulnerabilidade é reforçada nos casos das crianças, quando existe uma relação parental com o agressor, pois foi identificado que, entre as crianças, "84,5% foram abusadas por agressores identificáveis, geralmente do núcleo familiar, enquanto desconhecidos violentaram 72,3% das adolescentes. Nas crianças, o abuso ocorreu em 42,3% em suas residências e em 28,2% na do agressor. Adolescentes foram vitimadas durante atividades cotidianas (34,8%) e no percurso do trabalho ou escola (28,4%)".[46]

Finalmente, digno de nota que o mesmo raciocínio empregado para se constatar a vulnerabilidade do menor de 14 anos (até 12 anos) diante do abuso pode ser empregado quando o ato sexual envolva dois menores, tendo em vista a existência na legislação brasileira do ato infracional.[47] Assim, pelo menos dois fatores podem determinar a inexistência de crime nestas circunstâncias,

---

44. DREZETT, Jefferson. Fundação Abrinq. Save the children. Seminário Nacional. Programa Prefeito Amigo da Criança, 2011. Disponível em: [www.fundabrinq.org.br/Portal/LinkClick.aspx?fileticket=usPW8d0lgKo%3D&tabid=93].

45. NVCCVRT. Rape in America: a report to the nation, 1992 apud DREZETT, Jefferson. Fundação Abrinq. Save the Children. Seminário Nacional. Programa Prefeito Amigo da Criança, 2011.

46. DREZETT, Jefferson et alli. Estudo de mecanismos e fatores relacionados com o abuso sexual em crianças e adolescentes do sexo feminino. *Jornal de Pediatria*. vol. 77, n. 5, p. 413-419. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/jped/v77n5/v77n5a13.pdf].

47. Figura denominada por Salvador Netto de estupro bilateral. Para o autor, a reforma legislativa ao revogar a figura da presunção de violência, acabou por eliminar a possibilidade de um juízo normativo a respeito da relação sexual, relativizando a existência do crime, diferentemente do que sustentamos (SALVADOR NETTO, op. cit.).

segundo Alfaiate: o ato ser praticado entre dois menores, não revelando qualquer abuso; e o contexto sociocultural em que o ato acontece.[48]

6.2 A vulnerabilidade do art. 217-A, § 1.º, do CP

Nas duas últimas hipóteses previstas no art. 217, § 1.º, do CP (ato sexual com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato e, o ato sexual com alguém que não pode oferecer resistência), a questão da vulnerabilidade é matéria de fato, sem qualquer restrição, devendo ser constada no caso concreto.

Pela nova sistemática, se aquele portador de enfermidade ou deficiência mental tiver discernimento para prática do ato, seu consentimento será válido, não havendo qualquer ofensa a sua liberdade sexual. Diferentemente do que ocorria na revogada lei, acolheu o legislador a postura de que o doente tem liberdade sexual e, dependendo do caso, poderá exercê-la desde que tenha discernimento para consentir, caso em que não haverá abuso sexual.

Se a vítima não pode oferecer resistência é porque não consentiu. Ainda que se questione o fato de mesmo não podendo oferecer resistência possuir, no seu íntimo, assentimento ao ato, se esta vontade não foi exteriorizada no mundo objetivo, de nada vale o assentimento interno, com base na "teoria intermediária" ou "mediadora" por nós adotada.[49]

Exemplo 1: Mulher, sob o efeito de drogas, sem possibilidade de manifestar seu consentimento, é encontrada por um agente que aproveita de sua situação para violá-la.[50]

Exemplo 2: Mulher em estado de paralisia completa, consciente de sua situação, mas sem ter nenhuma condição de expressar sua vontade, é submetida pelo enfermeiro do hospital a conjunção, ato do qual ela estava internamente consente.

Nos dois exemplos, não houve consentimento válido por parte das duas vítimas, já que estavam ambas em circunstâncias tais que não podiam oferecer resistência, por mais que no segundo exemplo tenha a vítima anuído interna-

48. ALFAIATE, Ana Rita, op. cit., p. 133-134.

49. Cf. item "a manifestação como requisito de um consentimento válido".

50. Cf., sobre outros exemplos: HUNGRIA, Nélson; LACERDA, Romão Côrtes de. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1947. vol. VIII, p. 231; e FARIA, Antonio Bento, op. cit., p. 67-70.

mente ao ato. Assim, constatada a ausência do consentimento, configurada está a hipótese de vulnerabilidade prevista no § 1.º do art. 217-A do CP.

Exemplo 3: Pai alcoólatra e violento, que pratica atos libidinosos com sua atemorizada filha, com um pouco mais de 14 anos, que não oferece qualquer resistência.[51]

No exemplo 3, também não houve consentimento válido de modo a haver exclusão de tipicidade. Isso porque a decisão do titular do bem jurídico sobre sua disponibilidade tem que ser livre, o que não ocorre quando se tem medo do agressor.[52]

Diante dos casos em que há por parte da vítima o *timor reverentiae*, não há consentimento válido, estando a vítima em um estado de vulnerabilidade tal que fica impossibilitada a oferecer resistência, na medida em que o medo também pode ser subsumido na cláusula genérica "por qualquer outra causa" prevista no § 1.º do art. 217-A.

7. DA VULNERABILIDADE COMO VÍCIO DO CONSENTIMENTO

Para o consentimento ser considerado válido, sua manifestação deve ser isenta de qualquer vício de vontade.

Tomando-se como pressuposto a "teoria intermediária" ou "mediadora" do consentimento, é certo que o tratamento dado ao consentimento, segundo alguma doutrina, não pode ser o mesmo que aquele oferecido aos vícios do âmbito jurídico civil.[53] Deve-se observar, de antemão, que Direito Penal e Direito Civil têm fundamentação teleológica diversa, sendo, por esta razão imperioso

51. Exemplo baseado no acórdão do TJSP, rel. Luiz Pantaleão, *JTJ* 143/286.

52. Há uma especial vulnerabilidade no abuso sexual intrafamiliar que torna o consentimento da vítima inválido. Para Bitencourt, a dominação que envolve a relação sexual intrafamiliar, "constitui-se na *construção* de um relacionamento perverso e maquiado, que se mantém através da dominação psicológica de longa duração. Essa *construção* de dominação começa por um processo de sedução, que consiste na hábil, engenhosa e perspicaz busca da confiança da criança ou adolescente, pois é criada uma interação íntima sexual e de segredos, entre agressor e vítima chegando a ameaças de morte da própria criança/adolescente ou de outro familiar. Essa interação de sedução, ameaças e segredos domina psicologicamente a vítima, viciando sua vontade e consentimento" (BITENCOURT, Luciane Potter. *Vitimização secundária infanto-juvenil e violência sexual intrafamiliar – Por uma política pública de redução de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 76). Para nós, a presença de ameaças na relação sexual intrafamiliar leva a questão a ser tratada entre os vícios do consentimento.

53. Presentes nos arts. 138 e ss. do CC/2002.

que também tenham tratamento díspare no que diz respeito ao consentimento, ou ao seus vícios.[54]

Nesse sentido, a doutrina penal considera como vícios do consentimento a fraude, a violência física e a ameaça.[55] No entanto, as situações que serão descritas abaixo comportam um grau de proteção penal para a vítima que não encontra seu fundamento na fraude ou violência (física ou moral).

Nos casos que seguem, a vítima será maior, ou maior de 14 anos e menor de 18, com capacidade de discernimento ou compreensão das consequências do seu ato, mas, ainda assim, o legislador optou por protegê-las, considerando-as vulneráveis e punindo condutas contra elas praticadas, ainda que com o seu consentimento, desde que tenha havido abuso ou exploração na relação sexual.[56]

7.1 Da situação de vulnerabilidade do art. 231 e do art. 218-B do CP

Incrimina o art. 231 do CP o tráfico internacional de pessoas para exploração sexual, e o favorecimento da prostituição ou, no caso da primeira parte do art. 218-B do CP, qualquer exploração sexual de alguém menor de 18 anos.[57] O art. 213 da lei brasileira não prevê em suas elementares a existência de violência ou grave ameaça e, muito menos, que a vítima seja pessoa vulnerável.

---

54. No âmbito civil, as manifestações que padecem dos vícios de vontade são, em princípio, válidas e só posteriormente poderão ser impugnadas de acordo com o interesse do manifestante. Ao contrário, no Direito Penal, a constatação sobre a punibilidade é feita no momento do fato, ou seja, é nesse instante que se verifica se o consentimento é eficaz ou não e, portanto, punível. A esse respeito, afirmando que se reconhece "unanimemente que o Direito Penal tem que aplicar critérios próprios na determinação dos vícios de vontade", consultar: POLAINO-ORTS, Miguel. ¿Volenti non fitinuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal. Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano. *Anuario de Derecho Penal 2003*. Lima: PUCP Fondo Editorial/Universidad de Friburgo (Suiza), 2003. p. 243 e ss.

55. ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 544.

56. Sob a ótica do Direito Civil, as hipóteses aqui tratadas guardam semelhança com a figura da lesão, lá também considerada como vício de consentimento, embora haja divergência nesse sentido (vide: RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 205).

57. A hipótese de quem em razão da enfermidade ou doença mental não tem discernimento para prática do ato, está ligada à capacidade de compreensão.

A incriminação do art. 231 do CP se aproxima ao que foi previsto, em termos genéricos, no já mencionado art. 3.º do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças.[58]

Ocorre que a alínea *b* do art. 3.º do Aditivo ao Protocolo (Dec. 5.017/2004), considera irrelevante o consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração (sexual, de trabalho etc., e remoção de órgãos), se o agente recorreu a qualquer um dos meios, divididos nos seguintes grupos: (a) *Meios violentos:* "ameaça" ou "uso da força" ou "outras formas de coação", ao "rapto" ou ao "abuso de autoridade"; (b) *Meios fraudulentos:* "fraude", ou "ao engano"; (c) *Meios financeiros:* "entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra"; (d) *Meios abusivos:* "situação de vulnerabilidade".

Segundo o Protocolo, o emprego de violência ou grave ameaça podem caracterizar o crime de tráfico de pessoas. No entanto, o crime pode caracterizar-se mesmo na ausência de qualquer uma dessas duas circunstâncias, e ainda que haja o consentimento da vítima com o tráfico, desde que esteja ela em uma situação de vulnerabilidade – circunstância em que o Protocolo considera seu consentimento irrelevante, tendo em vista qualquer tipo de exploração.[59]

---

58. Dois são os crimes encontrados na legislação brasileira relacionados à entrada e saída de pessoas, sejam elas mulheres, homens ou crianças, desde que praticados em determinadas circunstâncias. O primeiro, acima citado, pune o tráfico com o fim de exploração sexual. O outro, previsto no art. 206 do CP, pune a conduta de quem recruta trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los ao território estrangeiro. Há, portanto, uma defasagem ao que está recomendado pelo Aditivo do Protocolo da Convenção de Palermo, que recomenda a punição também do tráfico de pessoas com o fim de remoção de órgãos, o tráfico com vistas a conflitos bélicos etc. (QUEIJO, Maria Elizabeth; RASSI, João Daniel. Tráfico de pessoas e o Tribunal Penal Internacional. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I (coord.). *Tráfico de pessoas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 219-248). Sobre os demais instrumentos jurídicos universais que contém normas para combater a exploração de pessoas, ver: PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas. In: _____ (coord.); ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.), op. cit., p. 31-63.

59. Noticiam Serra Cristóbal e Lloria García que no início das deliberações do Protocolo, houve vozes sustentando a supressão ao aspecto da invalidade do consentimento pela vulnerabilidade, limitando a definição do tráfico para hipóteses em que há uso de

Assim, três situações podem ser vislumbradas: (a) quando há o emprego de violência ou grave ameaça no tráfico (força ou coação); (b) quando não há violência ou grave ameaça e a vítima não é vulnerável; e, (c) quando não há violência ou grave ameaça, mas a vítima era vulnerável.

Interpretando a lei brasileira e o Protocolo por nós subscrito, pode-se chegar às seguintes conclusões:

Na primeira hipótese, embora não elementares do crime do art. 231 do CP, a existência de violência ou grave ameaça, que viciam o consentimento, tornam mais compreensível e clara de justificação da existência do crime, tendo em vista tratar-se de vícios de consentimento facilmente identificados.

Na segunda hipótese em que ausente a violência ou grave ameaça e consentindo a vítima com o tráfico, não se encontrando esta em uma situação de vulnerabilidade, entendemos a não configuração do crime do art. 231 do CP, uma vez que, com a assinatura do Protocolo de Palermo pelo Brasil, nos termos de seu aditivo, a configuração do crime de tráfico de pessoas para exploração sexual ficou condicionada à existência de vítima vulnerável.

Por fim, crime haverá na terceira hipótese, em que a vítima que consentiu era vulnerável. A dúvida que surge é identificar o sentido da vulnerabilidade da vítima que consente com o tráfico, sendo ela maior e capaz, conceito considerado vago e de difícil delimitação.[60]

Para Serra Cristóbal e Lloria García a vulnerabilidade pode ser entendida em um sentido amplo como sendo aquela situação na qual a pessoa não tem outra opção real e aceitável a não ser a submissão da vontade de quem quer explorá-la. Pode-se compreender como tal todo o tipo de vulnerabilidade, seja psíquica, física, afetiva, familiar, social ou econômica.[61]

O que impulsiona a vítima a abandonar seu país é, no mais das vezes, segundo Mayordomo Rodrigo, uma situação de necessidade econômica, mas pode ser também política ou social. Assim, segundo o autor, o importante é identificar a situação de desigualdade objetiva, entre o traficante e o traficado,

---

força ou coação. No entanto, no seio do Comitê *ad hoc* de Viena acabou prevalecendo uma definição baseada no Informe das Nações Unidas, de 15.08.2000, de onde se recomendava para noção de tráfico também os casos em que o agente abusa da situação de vulnerabilidade da vítima. SERRA CRISTÓBAL, Rosario; LLORIA GARCÍA, Paz. *La trata de mujeres – De la represion del delito a la tutela de la victima.* Madrid: Ministerio de Justicia – Secretaría General Técnica, 2007. p. 64 e ss.

60. Idem, p. 66-67.

61. Idem, p. 66.

havendo o abuso do primeiro. Tal abuso, entendido como aproveitamento da situação de necessidade existente, deve ser provado, não sendo suficiente apenas a demonstração da necessidade em que se encontra a vítima.[62]

Desse modo, a partir da leitura da alínea *b* do art. 3.º do Dec. 5.017/2004 (Aditivo ao Protocolo), a situação de vulnerabilidade pode ser identificada quando o agente emprega algum dos seguintes meios. Se o agente empregou os seguintes meios: (c) *Meios financeiros* e (d) *Meios abusivos*. As demais hipóteses da alínea *b* do art. 3.º são, claramente, espécies de violência ou fraude, vícios do consentimento.

Nestes dois grupos (nos quais há o emprego de *meios financeiros* e *meios abusivos*), a vulnerabilidade deve ser considerada, portanto, com um conteúdo ligado diretamente à igualdade material, inexistente entre o traficante e o traficado ou o explorador e o explorado.

Considerou o Protocolo – e assim devem ser compreendidos os citados dispositivos penais correspondentes – que o consentimento da pessoa traficada deve ser desconsiderado nos casos em que ela esteja em uma situação de precariedade, podendo facilmente ser submetida à exploração, seja porque tem poucas defesas, seja porque não possui meios para exercê-las. A vulnerabilidade, portanto, poderá ser social, especialmente a econômica, e psicológica.[63] É bem de ver que a entrega ou aceitação de vantagem para obter o consentimento de uma pessoa não deixa de ser expressão de vulnerabilidade da vítima, em confronto com o poder econômico do agente.

Note-se que além da vulnerabilidade, o outro requisito previsto pelo protocolo é a exploração (sexual, do trabalho etc.) por parte do agente que realiza o tráfico. A exploração poderá se caracterizar com o fornecimento de empréstimos para o transporte e emprego e exigência do pagamento da dívida por um largo tempo; modificação das condições de trabalho em prejuízo do traficado etc.[64]

Como já sustentamos em relação ao art. 231 do CP, as circunstâncias fáticas poderão servir de forte indicativo sobre a vulnerabilidade da vítima, que po-

62. MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. *El delito de tráfico illegal e inmigración clandestine de personas*. Madrid: Iustel, 2008, p. 160.

63. Note-se que essa situação de desigualdade, onde há uma parte vulnerável, é reconhecida pelo Direito do Consumidor e pelo Direito do Trabalho, sendo o trabalhador o hipossuficiente da relação empregatícia.

64. MAQUEDA ABREU, María Luisa. Hacia uma nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual. In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.); PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (coord.), op. cit., p. 251-267.

derá ser o menor de 18 anos (no caso da primeira parte do art. 218-B do CP), como acontece, por exemplo, nos países em que há conflito bélico, acentuada desigualdade social, crise econômica de grandes proporções. O mesmo pode ser dito em relação à existência do abuso ou exploração.

Finalmente, em relação ao art. 218-B do CP, o legislador considerou vulnerável o menor de 18 anos, vítima do favorecimento à prostituição ou exploração sexual. O sentido de vulnerabilidade neste dispositivo abrange os relativamente incapazes e deve ser interpretado da mesma forma que fizemos em relação ao art. 217-A do CP, nos casos em que a vítima não é menor de 12 e nem maior de 14 anos.

7.2 A autocolocação da vítima em risco no tráfico de pessoas

No que diz respeito aos crimes sexuais, hipótese que pode ser aventada sobre a aptidão de aplicabilidade de autocolocação da vítima em risco[65] é aquela do tráfico de pessoas para prostituição. Nesse caso, sua conduta pode ser considerada um risco juridicamente permitido, excluindo-se a imputação, com base na teoria da imputação objetiva.[66]

Lembre-se que o consentimento não se confunde com a autocolocação em perigo da vítima. Existirá autocolocação em risco se o indivíduo pratica condutas criadoras de um perigo a si mesmo ou se expõe a um perigo causado por terceiro, ao passo que haverá consentimento do ofendido quando a pessoa se expõe conscientemente ao perigo causado única e exclusivamente pelo terceiro.[67]

Assim, poderiam ser identificados alguns casos:

Exemplo 1: "Estava apaixonada. Meu 'príncipe encantado' me prometeu uma vida nova na Holanda, longe da vida dura que eu tinha. Nem passou pela

---

65. Sobre o tema, em termos gerais, ver: GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Ed. RT, 2004. Especificamente sobre o tráfico de imigrantes, consultar: SILVA CASTAÑO, María Luisa. Estudio del artículo 318 bis del Código Penal español; e Algunos problemas actuals de la imputación objetiva y subjetiva (especial consideración de las muertes de inmigrantes en las travesías marítimas). Ambos In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.); PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (coord.), op. cit., p. 179-199.

66. LOPEZ DÍAZ, Cláudia. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externedo de Colombia, 2000. Colección de Estudios n. 5, p. 141.

67. Sobre a diferença entre o consentimento e a autocolocação em risco, conferir, por todos: Idem, p. 171.

minha cabeça que eu estava sendo aliciada para uma rede de exploração sexual. O 'príncipe' era um monstro. E eu vivi um pesadelo".[68]

Exemplo 2: "Eu disse a ela: 'como seria viver a vida aí na Suíça?' A resposta é que a Suíça é um país maravilhoso, que teria tudo o que sempre sonhei, liberdade... então pedi um tempo a ela para pensar em tudo. Ela disse: 'é a única opção que temos'! E eu, como queria ir tanto para Suíça... como a *minha tia falava muita coisa sobre a Suíça... eu queria ir!*". A mando da tia, ela teve um encontro com um dos homens que conheceu no aeroporto de Zürich: "ter que transar com um homem que vi apenas só um dia... e ainda por cima brutal! Nunca vi coisa igual! Perder minha virgindade com um homem podre como aquele, foi difícil! Daí por diante, a minha vida mudou totalmente... aí senti que o pesadelo estava apenas começando para mim".[69]

Nos dois casos acima não há que se falar em aplicação da teoria da autocolocação em risco porque a vítima foi submetida à prostituição após ser enganada. Assim, haverá o crime sexual de tráfico de pessoas já que a fraude é incompatível com a autocolocação em risco diante da falta de vontade livre e consciente.

Exemplo 3: Prostituta no Brasil procura "agência" para viajar ao exterior, com o fim de aumentar seus rendimentos. Viaja com passaporte falsificado para Portugal e de lá para Espanha, em uma arriscada travessia de barco. Trabalhava das 18:00 às 04:00 da manhã em uma casa de massagem. Atendia tantos homens que faturava 300 francos, por 15 minutos. Se no Brasil ganhava R$ 500,00 numa semana, lá ganhava R$ 20.000,00".

Exemplo 4: Adolescente de 16 anos morava no interior do estado do Amazonas. Passava fome e não tinha qualquer perspectiva profissional. Era violentada pelo seu padrasto. Soube de uma amiga que na Venezuela poderia trabalhar como prostituta e que determinado taxista poderia ajudá-la com a viagem para o emprego. Fugiu de casa e viajou 14 horas pela Rodovia BR-174, durante a noite, na carroceria de um caminhão, escondida debaixo de uma lona. Trabalhou como prostituta e, apesar dos problemas que enfrentava, não queria mais voltar ao Brasil.

---

68. Depoimento de Nívea publicado no *site*: [www.ungift.org/brazil/] (Iniciativa global da ONU contra o tráfico de pessoas).

69. Exemplo com adaptação de caso verídico citado por: LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (orgs.). *Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial – Pestraf: relatório nacional – Brasil*. Brasília: Cecria, 2002. p. 153 e ss.

No terceiro e no quarto exemplos, o ponto pendente está na aceitação: caso esteja livre, estando a vítima consciente das condições da nova vida, em caráter inicial ou permanentemente, e ao assumir o risco dos desvios comuns em casos dessa natureza, é suficiente para excluir o crime de tráfico de pessoas.

No caso, podem incidir os dois institutos: o da autocolocação, se há aceitação hipotética de um desvio de finalidade no transporte e a vítima sabe que isso pode ocorrer: e o do consentimento quanto ao próprio transporte e quanto à condição de vida assumida após ele.

No exemplo 3, a mulher procurou um local mais lucrativo para exercer a prostituição, consentindo com os riscos de uma viagem clandestina e com as condições de trabalho. Neste caso, a rigor, a autocolocação da vítima exclui o crime de tráfico de pessoas. Diferentemente, no exemplo 4 a adolescente estava em uma situação de vulnerabilidade tal que se submeteu à prostituição na Venezuela, porque lá, apesar de todas as dificuldades, possuía uma vida melhor que aquela da sua terra natal, não havendo que se falar em autocolocação livre e consciente.

Em face de todas essas circunstâncias jurídicas aparentemente conflitantes, – quais sejam, a autonomia da vontade da pessoa maior e capaz na autocolocação em risco ou no consentimento e a incriminação de condutas que seriam, eventualmente, atos preparatórios de atos lícitos – parece, inclusive para fins de debate, que a solução do problema esteja na identificação da qualidade de quem é objeto do deslocamento. Assim, é imprescindível que se determine se esta pessoa tem a condição de assumir o risco ou consentir, e se não se encontra em situação de fragilidade que justifique a própria existência dos crimes de tráfico de pessoas, vulnerabilidade assim considerada nos termos do tópico anterior.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do presente trabalho podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1. Nos crimes sexuais o consentimento/dissenso da vítima é a base da construção do injusto típico. Quando exercido dentro das condições de validade e sem qualquer vício produz a exclusão do tipo penal.

2. Para o consentimento ser considerado válido deve a vítima ter capacidade de compreensão do ato sexual, uma vez que o consentimento deve ser sempre visto como expressão da liberdade geral de ação.

3. A classificação do Código Penal em relação à vítima e sua capacidade de compreensão é dividida em três categorias: os absolutamente incapazes (me-

nores de 14 anos), os relativamente incapazes (menores entre 14 e 18 anos) e os capazes (a partir de 18 anos). Não seguiu, assim, a disposição do Estatuto da Criança e do Adolescente em que são absolutamente incapazes os menores de 12 anos.

4. São consideradas "vulneráveis" perante o Código Penal, onde o consentimento não é válido: (a) vítimas menores de 14 anos, no caso de ato sexual, ou de 18 anos, no caso de exploração sexual; (b) aqueles que em razão da enfermidade ou da doença mental não têm discernimento para consentir, em razão disso não possuem discernimento para prática do ato e; (c) aqueles que, sendo maiores e capazes, encontram-se em uma situação de fragilidade tal que consentem em ser objeto de tráfico de pessoas.

5. A vulnerabilidade, portanto, comporta graus e tem consequências penais diferentes. Sua constatação torna inválido o consentimento, seja porque a vítima não tem capacidade de consentir, seja porque seu consentimento foi viciado.

6. No caso da vítima menor vulnerável, entende-se que não há capacidade para consentimento.

7. Com a revogação da figura da presunção de violência pela Lei 12.015/2009, houve o acolhimento da posição doutrinária de que as hipóteses do art. 217-A do CP não tratavam de verdadeira presunção e sim da qualidade do sujeito passivo, uma vez que a condição de menor integrava a descrição típica, criando-se a figura do estupro de vulnerável.

8. A elementar da menoridade da vítima, contudo, não é absoluta. Por ser normativa, permite ao intérprete constatar no caso concreto se houve abuso ou exploração sexual, quando se estiver diante de um menor entre 12 e 14 anos. A interpretação da idade é possível tendo em vista o que foi previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, identificando-se, dessa forma, a racionalidade do sistema penal no que tange a menoridade.

9. O abuso sexual é constituído de dois elementos: um objetivo, consistente na circunstância de desigualdade da vítima (um adulto e outro menor, ou um pai e um filho) e outro subjetivo, consistente na imaturidade do menor, que tem pouca compreensão do significado e das consequências do ato sexual.

10. A vulnerabilidade no tráfico de pessoas existe porque entende-se que há, no caso, vício no consentimento.

11. Só há que se falar em crime de tráfico de pessoas (art. 231 do CP), se for constatada a vulnerabilidade da vítima. A exigência da vulnerabilidade pode ser identificada pela alínea *b* do art. 3.º do Dec. 5.017/2004, Aditivo ao Protocolo de Palermo, do qual o Brasil é signatário.

9. BIBLIOGRAFIA

ALFAIATE, Ana Rita. *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

BITENCOURT, Luciane Potter. *Vitimização secundária infanto-juvenil e violência sexual intrafamiliar – Por uma política pública de redução de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Ed. UnB, 1996.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. 3.

CUNHA, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência sexual presumida*. Curitiba: Juruá, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2.ª época. n. 6. p. 69-101. 2000.

DREZETT, Jefferson. Fundação Abrinq. Save the children. Seminário Nacional. Programa Prefeito Amigo da Criança, 2011. Disponível em: [www.fundabrinq.org.br/Portal/LinkClick.aspx?fileticket=usPW8d0lgKo%3d&tabid=93].

_____ et alli. Estudo de mecanismos e fatores relacionados com o abuso sexual em crianças e adolescentes do sexo feminino. *Jornal de Pediatria*. vol. 77. n. 5. p. 413-419. Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Pediatria, 2001. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/jped/v77n5/v77n5a13.pdf].

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FARIA, Antonio Bento. *Código Penal brasileiro (comentado)*. Rio de Janeiro: Record, 1961. vol. VI.

FELLINI, Zulia. *Delito de trata o tráfico de niños*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FERNÁNDES TERUELO, Javier Gustavo. El proceso social de determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración. In: FARALDO CABANA, Patricia. *Derecho penal de excepción. Terrorismo y inmigración*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997.

GARCÍA ALVARES, Pastora; DEL CARPIO DELGADO, Juana. Los delitos relativos al regímen de extranjería. In: BERNOT, Rodrígues; MÉNDEZ, Hornero. *El nuevo derecho de extranjería*. Granada: Comares, 2001.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

_____; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos crimes sexuaes*. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1923.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. vol. VIII.

_____; LACERDA, Romão Côrtes de. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1947. vol. VIII.

LEITÃO, Andre Studart. A exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes da previdência social. *Revista Âmbito Jurídico*. vol. 54. Rio Grande: Âmbito Jurídico, 30.06.2008. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2804].

KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. n. 2. ano 1. p. 277. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1996.

LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (orgs.). *Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial – Pestraf: relatório nacional – Brasil*. Brasília: Cecria, 2002.

LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia*. Lisboa: Almedina, 2004.

LOPEZ DÍAZ, Cláudia. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externedo de Colombia, 2000. Colección de Estudios, n. 5.

MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. In: ROXIN, Claus et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. *El delito de tráfico illegal e inmigración clandestine de personas*. Madrid: Iustel, 2008.

MAQUEDA ABREU, María Luisa. Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual. In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.); PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (coord.). *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valencia: Triant lo Blanch, 2007.

MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais. Um ensaio critico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (orgs.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça/Programa das Nações Unidas para o Desenvolvmento – PNUD, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal, parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. *O direito penal sexual: conteúdo e limites*. Coimbra: Almedina, 1985.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Código Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1954. vol. 7.

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas. In: _____ (coord.); ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel (dir.). *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valencia: Triant lo Blanch, 2007.

PÉREZ CEPEDA, Ana Izabel. *Globalización, tráfico internacional ilicito de personas y derecho penal*. Granada: Comares, 2004.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

_____. *Escritos jurídicos penais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

POLAINO-ORTS, Miguel. ¿Volenti non fitinuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal Peruano. *Anuario de Derecho Penal 2003*. Lima: PUCP Fondo Editorial/Universidad de Friburgo (Suiza), 2003.

POZUELO PEREZ, Laura. Tráfico de personas y explotacción sexual. In: RIEZU, Antonio Cuerda; GARCIA SANCHÉZ, Beatriz. *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*. Madrid: Dykinson, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth; RASSI, João Daniel. Tráfico de pessoas e o Tribunal Penal Internacional. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.). *Tráfico de pessoas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

ROXIN, Claus. Dependencia e independencia del derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. vol. 59. p. 5-24. Madrid, enero-diciembre, 2006.

_____. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Estupro bilateral: um exemplo limite. *Boletim IBCCrim*. n. 202. ano 17. p. 8-9. São Paulo: IBCCrim, set. 2009.

SANCHEZ TOMAS, Jose M. Los abusos sexuales en el Código Penal de 1995: en especial sobre o menor de doce años y abusando de trastorno mental. *Cuadernos de Política Criminal*. vol. 61. p. 93-126. Madrid: Edersa, 1997.

SANTANA VEGA, Dulce Maria. El tratamiento penal de la inmigración clandestina. In: MIR PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Protección penal de los derechos de los trabajadores: seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*. Madrid: Edisofer, 2009.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario; LLORIA GARCÍA, Paz. *La trata de mujeres – De la represion del delito a la tutela de la víctima*. Madrid: Ministerio de Justicia – Secretaría General Técnica, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires: Depalma, 1998.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais – Bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TAMARIT SUMALA, Josep María. *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*. Navarra: Aranzadi, 2000.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora, de Luís Augusto Sanzo Brodt – *RCP* 13/170;
- O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP), de Guilherme de Souza Nucci, Jamil Chaim Alves, Rafael Barone, Juliana Burri, Patrícia Cunha e Raphael Zanon – *RT* 902/395; e
- Violações a princípios constitucionais e penais na legislação de combate à pornografia infantil, de Alexandre Assunção e Silva – *RT* 890/444.

Veja também Jurisprudência

- *Habeas Corpus* sobre a exploração sexual de vulnerável: *RT* 900/576.

56483

1 AS QUESTÕES FUNDAMENTAIS DE UMA LEGISLAÇÃO PENAL SOBRE DROGAS

(Esboço de uma legislação penal comparada sobre drogas)

KRISZTINA KARSAI

Professora Livre-docente da Universidade de Szeged-Hungria. Vice-Diretora de Relações Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade Szeged-Hungria.

ÁREA DO DIREITO: Internacional; Penal

RESUMO: Este trabalho pretende oferecer uma abordagem teórica da legislação penal sobre drogas, ou seja, o objetivo do trabalho é sistematizar - para a pesquisa no âmbito do direito comparado - todos os elementos de regulamentação materiais-jurídicos cabíveis a uma legislação penal sobre drogas. Nesse sentido, serão compilados os possíveis elementos da regulamentação penal: a regulamentação das substâncias, as normas quantitativas, as condutas ilícitas, os requisitos subjetivos da punibilidade, questões relativas ao dolo e o tratamento penal especial de dependentes de

ABSTRACT: The purpose of this paper is to establish a theoretical framework for the criminal legislation on drugs, in other words, the objective is to create a system - for research within the scheme of comparative law - for all the possible legally relevant regulation elements in a Criminal Legislation on Drugs. In this regard, the possible elements of criminal regulation will be gathered: regulation on substances, quantitative norms, illegal behaviors, subjective punitive requirements, issues related to criminal intent (mens rea) and the special criminal treatment of drug addicts will be examined in this writing.

drogas são temas que serão examinados neste trabalho. Além disso, será apresentada ainda uma faceta até agora quase oculta da evolução jurídica europeia, capaz de causar efeitos relevantes sobre a legislação penal de drogas dos países, ou seja, o princípio transnacional *ne bis in idem*, que suspende, por meios jurídicos, a transnacionalidade dos negócios ilícitos envolvendo drogas.

In addition, an almost hidden aspect of European legislative evolution, significant enough to cause relevant consequences on the criminal legislation on drugs in the countries will be presented. This is the transnational principle *ne bis in idem*, which blocks via legal means, the transnationality of the illegal businesses dealing with drugs.

PALAVRAS-CHAVE: Legislação de drogas - Direito Penal comparado - Dependente de drogas - *Ne bis in idem* - Política criminal.

KEYWORDS: Drug legislation - Comparative criminal law - Drug addict - *Ne bis in idem* - Criminal policy.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Sumário estatístico - 3. A intervenção do Direito Penal: 3.1 Justificativa para a intervenção; 3.2 Interesses e metas; 3.3 Proporcionalidade; 3.4 Redução de danos - 4. Elaboração de uma legislação penal sobre drogas: 4.1 Circunstâncias objetivas: 4.1.1 Substâncias; 4.1.2 Conduta punível; 4.1.3 Quantidades relevantes; 4.1.4 Elementos relacionados ao tipo voltados à proteção de outros interesses; 4.2 Circunstâncias subjetivas/culpa; 4.3 A dependência de drogas como privilégio?; 4.4 Influência de estruturas dogmáticas gerais; 4.5 Terapia em vez de pena (sanções) - 5. Excurso: delitos transnacionais relacionados a drogas na Europa - Evoluções inovadoras (?) - 6. Resumo e futuro.

1. INTRODUÇÃO

Questões fundamentais[1] de uma legislação penal sobre drogas – um tema geral, que provavelmente soa familiar a todos nós. Drogas existem em toda a parte do globo onde o ser humano se fixa, na Europa, na Ásia ou nas Américas, na Austrália ou na África. O Direito Penal também existe onde existe um Estado organizado. E também a pergunta é a mesma em toda a parte: quando se trata de drogas, o que o Estado está autorizado a/deve/pode reprimir com os instrumentos do Direito Penal? Será mesmo possível contabilizar os elementos de uma *legislação penal sobre drogas*? Ou esse questionamento é antes equivocado em razão das diferentes *políticas de drogas*? O que leva os Estados democráticos à repressão penal às drogas?

1. Tradução do original alemão por Rósula Kelly Medrado A. Passos, graduada em Tradução (Alemão/Francês/Português/Tradução Jurídica), Instituto de Tradutores e Intérpretes (IÜD) Universidade de Heidelberg, Alemanha. Mestre em Língua e Literatura Alemã pela USP. Tradutora Pública e Intérprete Comercial/Jucesp.

Este trabalho é um recorte direcionado a responder o que o Direito Penal, como área do Direito, pode manejar no campo da criminalidade ligada às drogas. O requisito básico para esse recorte é o reconhecimento do Estado de Direito; minhas constatações referem-se sempre a um Direito Penal que funcione num sistema democrático, de Estado de Direito, no qual os seus princípios básicos (como legalidade, justiça e dignidade humana) sejam de um modo geral reconhecidos e assegurados. A concreta aplicação desses princípios ou mesmo a sua consagração constitucional não será exposta aqui individualmente, nem no âmbito do direito comparado – para as questões teóricas de uma legislação penal sobre drogas, basta a aceitação fundamental do conteúdo desses princípios, detalhes a respeito não serão necessários para este trabalho.

O objetivo do trabalho é, portanto, sistematizar – com vistas à pesquisa no âmbito do direito comparado – todos os elementos de regulamentação materiais-jurídicos cabíveis a uma legislação penal sobre drogas. Além disso, será apresentada ainda uma faceta até agora quase não abordada, oculta, da evolução jurídica europeia que poderá causar efeitos relevantes sobre a legislação penal de drogas dos países (vide item 5).

2. SUMÁRIO ESTATÍSTICO

O relatório mundial sobre drogas do UN Office on Drugs and Crime (Undoc) de 2011 contém as mais amplas estatísticas e dados pertinentes à presença de drogas em todos os países do mundo.[2] O relatório contém tabelas comparativas e breves análises tanto do consumo como da produção e vendas de drogas. Gostaria de apresentar aqui as 10 assertivas mais importantes sobre as tendências:

• Enquanto os mercados globais de cocaína, heroína e *cannabis* encolheram ou permaneceram estáveis, a produção e o abuso de medicamentos e drogas sintéticas aumentaram.

• Em todo o mundo, cerca de 210 milhões de pessoas, ou seja, 4,8% da população, entre 15 e 64 anos de idade consumiram substâncias ilícitas no mínimo uma vez no ano passado. O consumo total de drogas, inclusive pela parte problemática (0,6% da população entre 15 e 64 anos), permaneceu estável.

• O cultivo mundial da papoula do ópio atingiu, em 2010, 195.700 hectares, o que representa um leve crescimento em relação a 2009. A produção de

2. O relatório está disponível em: [www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/WDR-2011.html].

ópio, ao contrário, diminuiu 38%, caindo para 4.860 toneladas, devido à destruição de uma grande parte da colheita por pragas. A área mundial de cultivo de coca foi diminuída, em 2010, para 149.100 hectares, o que significa uma redução de 18% desde 2007. Nesse período, a produção potencial de cocaína caiu um sexto, uma consequência da considerável redução do cultivo de coca na Colômbia.

• O cultivo ilegal de plantas de ópio e coca limitou-se, de acordo com o relatório, a alguns poucos países. Embora a produção de ópio tenha sofrido uma queda acentuada e o cultivo da coca tenha sido levemente reduzido, a produção de heroína e cocaína foi ao todo significativa.

• A *cannabis*, segundo o relatório, permanece, de longe, a droga mais produzida e consumida mundialmente. Em 2009, de 2,8% a 4,5% da população mundial entre 15 e 64 anos – ou seja, de 125 a 203 milhões de pessoas – consumiu *cannabis* no mínimo uma vez.

• O mercado americano de cocaína caiu enormemente nos últimos anos, de acordo com o relatório. Contudo, trata-se ainda do maior mercado do mundo, com um consumo de 157 toneladas no ano de 2009, o que equivale a 36% do consumo total. O segundo maior mercado de cocaína é a Europa, em especial a Europa Ocidental e Central, onde o consumo é estimado em 123 toneladas.

• Enquanto a produção da erva da *cannabis* (maconha) é amplamente disseminada, sobretudo no continente americano e na África, a resina da *cannabis* continua a ser produzida quase exclusivamente em dois países: no Marrocos, que fornece para a Europa Ocidental e a África do Norte, e no Afeganistão, que serve os mercados do Sudoeste Asiático. Em 2010, a *cannabis* foi mais lucrativa para os agricultores afegãos do que o ópio.

• O aumento vertiginoso do consumo de anfetaminas, acompanhado por uma retração do cultivo do ópio e do tráfico de heroína, é motivo para preocupação no Sudeste Asiático. Os progressos alcançados nos mercados tradicionais de drogas foram relativizados pelas drogas *designer* que viraram moda.

• Muitas substâncias não regulamentadas, conforme o relatório, são comercializadas como substitutas para estimulantes ilícitos, como a cocaína ou *ecstasy*. A metanfetamina, uma substância altamente viciante, espalha-se atualmente pelo Leste Asiático e, desde 2009, registra um aumento também na América do Norte, após alguns anos de retração.

• De fato, 2009 foi um ano recorde em relação à apreensão de drogas sintéticas, em grande parte impulsionado pela interceptação de metanfetamina, que aumentou no ano de 2009 (15,8 toneladas) em mais de um terço em comparação a 2008 (11,6 toneladas), principalmente em Mianmar. Embora Mian-

mar seja uma das principais fontes de pílulas de metanfetamina no Sudeste Asiático, a África também está se tornando uma fonte para a metanfetamina destinada ao Leste Asiático.[3]

3. A INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL

Considera-se evidente que o Direito Penal tenha de desempenhar um importante papel no que diz respeito às drogas. O que exatamente é possível alcançar com o Direito Penal, como – ao menos teoricamente – atingir essas metas por meio do Direito Penal são questões que já causam, no entanto, polêmica e interpretações bem diversas em muitos países. A forma, então, como a reação penal está de fato elaborada no ordenamento jurídico depende não só das estruturas filosóficas, teóricas e dogmáticas do Direito Penal, mas também enormemente da política. Isso – infelizmente – não deve ser nunca perdido de vista.

A ciência filosófica, jurídica, auxilia na medida em que está sempre em busca de teorias adequadas (em todos os países onde há um dogma de Direito Penal). A intervenção do Direito Penal nas atividades do indivíduo pode ser justificada com a ajuda de diversas teorias. Entre essas, um modelo muito rebuscado e apropriado é a teoria do bem jurídico, que predomina em muitos países como teoria dogmática justificadora da intervenção do Direito Penal. No entanto, essa teoria não está livre de críticas[4] e possui concorrentes tanto no seu berço, a Alemanha, como também em outros países.

3.1 Justificativa para a intervenção

Teorias justificadoras possuem um *amargo* denominador comum. Enquanto o legislador, que, por um lado, segue concessões políticas e, por outro, necessidades (expectativas) sociais, toma ele mesmo a decisão sobre o alcance da proteção penal, *a ciência jurídica tem de satisfazer-se* em tentar estabelecer limites, não podendo fornecer à legislação penal diretrizes gerais – válidas acima de governos e mudanças de sistemas – e, com isso, materiais. Ao menos até agora não logrou fazê-lo. Mesmo os avanços modernos (europeus) que consideram

3. Sobre a repercussão do relatório na imprensa, vide: [www.derstandard.at]. Acesso em: 23.06.2011; [www.heute.at]. Acesso em: 23.06.2011; [www.epo.de]. Acesso em: 24.06.2011.

4. SWOBODA, Sabine. Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. vol. 122, p. 24-50. Berlin: De Gruyter, 2010.

os direitos humanos como sólidos critérios para a legislação penal não foram desencadeados pela ciência, mas apenas pelo investimento político internacional nas convenções e sistemas de controle desses direitos.

Observadas de mais perto, tanto as teorias do bem jurídico como também outras "teorias justificadoras" relativas ao conteúdo[5] podem ser divididas em vários subgrupos:

a) Teorias que, do ponto de vista do direito à proteção, reconhecem apenas interesses individuais (por exemplo, Hassemer, Mill);[6-7]

b) Teorias que, do ponto de vista do direito à proteção, reconhecem apenas interesses universais ou coletivos (por exemplo, Amelung);[8]

c) Teorias que reconhecem tanto os interesses individuais como os universais (por exemplo, Hefendehl, Roxin, Feinberg).[9-10-11]

Ao se buscar uma base de legitimação científica para uma legislação penal sobre drogas no Estado de Direito encontram-se, portanto, muitas teorias. A opção entre as teorias também determinará os interesses a serem protegidos e as metas a serem declaradas pela proibição penal.

3.2 Interesses e metas

Com essas reflexões, pode-se constatar que no campo das drogas já a justificativa para a reação penal é quase insolúvel para a ciência jurídica. Os valores e interesses a serem concretamente protegidos são identificados pelo legislador; tratando-se aí sempre de política e quase sempre de dinheiro. É verdade que as direções políticas podem influenciar enormemente o caminho de uma legislação penal sobre drogas. Há, porém, três grupos de interesses que sempre apare-

5. As teorias que vinculam a proteção penal a requisitos formais (por exemplo, a teoria da vigência da norma de Jacobs. Vide JAKOBS, Günther. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 2. Aufl. Berlin: Heymanns, 1991) não serão tratadas aqui.
6. HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfried. *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK)*, 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2005. Vor § 1. Rdn. 113-144.
7. VON HIRSCH, Andrew. Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle". *Goldtdammer's Archiv* 2002, p. 6-7.
8. Vide SWOBODA, Sabine, op. cit., p. 25 e ss.
9. HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln: Carl Heymanns, 2002.
10. ROXIN, Claus: *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*, 4. Aufl. München: C.H. Beck, 2006.
11. FEINBERG, Joel. The Moral Limits of the Criminal Law. *Harm to Others*. New York: Oxford University Press, 1987.

cem como valores a serem protegidos num direito penal do Estado de Direito. As semelhanças que esses grupos de interesses demonstram com o conteúdo dos três subgrupos que justificam uma intervenção não são mera coincidência.

Segundo a opinião aqui defendida, são os seguintes os interesses passíveis de proteção:

a) A saúde do usuário;

b) A saúde da sociedade/a saúde pública;

c) A paz pública.

Objetivos que deveriam ser alcançados por meio da proteção desses interesses:

a) Proteção contra o risco ou o dano a si mesmo; repressão à disponibilidade das drogas; impedimento do consumo de drogas, mas também – havendo o reconhecimento do consumo de drogas – controle de qualidade das drogas lícitas;

b) Repressão à disponibilidade das drogas; amplo controle do contato com entorpecentes; redução dos custos dos tratamentos de saúde relacionados aos dependentes de drogas;

c) Repressão às drogas e/ou ao consumo das drogas nas ruas e/ou em locais de risco (escolas); prevenção de comportamentos preocupantes de usuários de drogas nas ruas.

3.3 Proporcionalidade

A decisão sobre a punibilidade em geral, mas sobretudo no domínio da legislação penal sobre drogas, é tomada no âmbito de uma complexa matriz de valores. Caso haja uma decisão sobre o "se", coloca-se a próxima pergunta, não muito mais fácil, do "como". Nesse aspecto, vêm à tona em primeira linha as respectivas diretrizes constitucionais de um Estado, e é necessário fazer jus à proporcionalidade (eventualmente ao princípio da *ultima ratio* do Direito Penal) e ao princípio da igualdade, independentemente do que venham a significar nos diferentes ordenamentos jurídicos.

3.4 Redução de danos

A prevenção e a minimização dos danos causados por drogas constitui em muitos países um objetivo da *política de saúde*. Entre as mais importantes medidas nessa área encontram-se a terapia da substituição baseada em opioides, bem como programas de trocas de agulhas e seringas, que visam a diminuir o número de óbitos por overdose e conter a propagação de doenças infecciosas.

A política, que participa das decisões do Direito Penal, recusou há três décadas a minimização de danos com a justificativa de que esse pensamento levaria à disseminação do consumo de drogas e, de qualquer forma, sustentaria a criminalidade associada às drogas. Em muitos países da Europa, houve até mesmo ações penais contra assistentes sociais e médicos que, nesse período sombrio, empreenderam os primeiros passos e tentativas envolvendo a redução de danos. Nesse meio tempo, essa meta se impôs e a sua peculiar semi-ilegalidade se extinguiu mesmo nas políticas de drogas conservadoras. Mas o importante para a legislação penal sobre drogas é que, *ao menos,* seja excluída a ilegalidade dessas atividades que atenuam o consumo e a aquisição de drogas. No que se refere aos tipos, contudo, é também possível reproduzir a irrelevância penal da minimização de danos: os métodos concretos de atendimento poderiam ser excluídos do tipo penal por enumeração ou alusão a normas jurídicas extrapenais.

4. ELABORAÇÃO DE UMA LEGISLAÇÃO PENAL SOBRE DROGAS

Depois das reflexões teóricas, coloca-se a questão sobre o conteúdo com o qual serão dotadas as respectivas normas, caso o legislador se decida a criar uma legislação penal sobre drogas ou criar tipos para a criminalidade associada às drogas.

Na elaboração da legislação penal sobre drogas, o princípio da legalidade material (*nullum crimen/nulla poena sine lege*) é o principal requisito a ser observado em qualquer legislação penal sobre drogas de um Estado de Direito. Nessa seção do trabalho, serão sistematizados os elementos cabíveis a uma legislação penal sobre drogas. Por meio dessas características gerais de uma legislação penal (material) sobre drogas, poderia também ser estabelecido um sistema de categorias com o qual se tentasse medir, com base em dados empíricos, os efeitos da configuração concreta da legislação penal de drogas sobre a criminalidade associada às drogas nos respectivos países. Um tal projeto científico poderia também ser usado para desprender gradativamente a legislação penal sobre drogas da base de argumentação política e situá-la numa dimensão internacional. Pode parecer visionário aqui, mas, no futuro, os países só conseguirão enfrentar o problema global das drogas com esses meios.

4.1 Circunstâncias objetivas

4.1.1 Substâncias

O ponto de partida para uma regulamentação consiste invariavelmente em decidir se, do conjunto de drogas ilegais, todas serão proibidas pelo Direito

Penal ou apenas substâncias específicas, selecionadas. Além disso, é possível imaginar que o legislador configure a proibição para as diferentes drogas também de maneira diversa.

a) Caso seja instituída *uma proibição geral* das substâncias ilegais, o legislador terá a incumbência de descrever com exatidão o que é uma droga (entorpecente). Para isso, ele poderá criar uma definição geral ou elaborar uma lista com as drogas conhecidas.

Como os entorpecentes se distinguem das "drogas" legais, por exemplo, do álcool, somente quanto à proibição, mas não quanto aos efeitos biológicos gerais (sobretudo, psicoatividade), é impossível – sem tais listas – compor uma definição geral. Por outro lado, no que concerne a uma lista com as drogas conhecidas, há o risco de ser necessário incluir na lista cada vez mais substâncias novas, devido ao acelerado desenvolvimento da indústria de drogas sintéticas (*legal highs*[12] e *drogas designer*). A alteração de leis não é uma brincadeira rápida em nenhum país. Modificações lentas trazem o risco de surgimento de lacunas temporais no combate às drogas, o que pode ser facilmente aproveitado pelo tráfico. É, portanto, quase evidente que tais listas não sejam estabelecidas na lei, mas, sim, em outras normas jurídicas inferiores cuja modificação seja realizável dentro de poucos dias.

Por meio da construção dogmática do tipo penal em branco, os conteúdos dessas listas podem ser incluídos sem dificuldades na regulamentação penal.

b) O potencial de risco à saúde oferecido pelo entorpecente (potencial de dependência, efeitos agudos, danos permanentes à saúde ou vínculo ao mesmo grupo químico) pode ser tomado como base para a seleção das substâncias, como costuma ser o caso em muitos países.

No entanto, pode haver classificações completamente diversas, a depender de qual característica concreta da droga é privilegiada na categorização. A isso se soma ainda o fato de que, no caso das drogas ilícitas novas, as próprias características dificilmente podem ser previstas tanto pelo produtor como pelo usuário, quanto menos pela ciência. As informações essenciais não são, portanto, identificáveis (naturalmente por muitos motivos).

12. Na Europa, surgiram nos mercados de drogas 24 novas substâncias em 2009 e, até meados de julho, foram mais 15, inclusive catinona, canabinoide sintética, bem como novos derivados sintéticos similares à cocaína e à anfetamina. Mais em: Europäische Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht (Hrsg.). *Stand der Drogenproblematik in Europa*. Dictus Publishing, 2011. p. 20 (ver também: EMCCDA *Jahresbericht Europa 2011*).

Podem ainda ocorrer processos na indústria química ou na agricultura que acarretem a modificação das substâncias "antigas"; por exemplo, outros métodos químicos de limpeza podem ser inventados que elevem o teor do princípio ativo em determinadas unidades.

Na Hungria e em outros países europeus, descobriu-se há 6-8 anos que algo havia mudado na *cannabis* contrabandeada e apreendida nas fronteiras: durante um longo período, foi possível constatar que os produtos da *cannabis* apreendidos – em comparação com apreensões anteriores – continham quantidade consideravelmente maior (duas ou três vezes mais) de princípio ativo numa determinada unidade. Os órgãos de investigação criminal explicam que se trata aqui de erva de *cannabis* geneticamente manipulada, a qual, em média, é "melhor" do que antes. Uma outra razão para a alteração da *cannabis* é que a erva é geralmente plantada no chamado cultivo *indoor*, em que as tecnologias e métodos utilizados causam um aumento crucial do teor do princípio ativo. Após alguns anos, surgiram os primeiros relatos de psiquiatras afirmando que, ao contrário das opiniões antes vigentes, a *cannabis* (delta-tetrahidrocannabinol) pode sim, causar danos irreversíveis ao cérebro, quando consumida de forma concentrada.[13] O cenário se encaixa: os usuários prosseguem com os seus hábitos de consumo "normais", mas consumindo algo novo, uma substância na verdade não conhecida cuja "novidade" os próprios usuários ainda desconhecem.

Com isso, quero apenas esclarecer o seguinte: o que hoje sabemos sobre as substâncias por meio de resultados científicos pode mudar à vontade e a qualquer tempo. Chegamos, assim, à problemática já citada no parágrafo a; portanto, se a categorização for realizada com base nas características "materiais" das drogas,[14] e a proteção penal se orientar por elas, é preciso também esperar que

13. KUEPPER, Rebecca; VAN OS, Jim; LIEB, Roselind; WITTCHEN, Hans-Ulrich; HÖFLER, Michael; HENQUET, Cécile. Continued cannabis use and risk of incidence and persistence of psychotic symptoms: 10 year follow-up cohort study. *British Medical Journal*. 01.03.2011. Disponível em: [www.bmj.com/content/342/bmj.d738.full].

14. Se tais categorias forem estabelecidas na lei, isso ainda não significa de modo algum que também conseguirão se impor pela avaliação dos juízes na aplicação das leis. O tipo de substância é aqui um dos critérios que decidem se uma infração continuará a ser apurada na esfera penal ou se será aplicada uma pena menor. Na prática atual, as extensões das penas aplicadas podem seguramente divergir entre si também em caso de equiparação legal de todos os tipos de drogas. Na República Tcheca, todos os tipos de drogas são consideradas iguais pela lei: no caso de infrações relacionadas à heroína, em 44% dos casos foi aplicada uma pena de reclusão, no caso da pervitina (metanfetamina) o percentual das penas de reclusão correspondeu a 39% e, para

a regulamentação seja capaz de reagir de modo flexível a novos fenômenos de mercado e consumo.

c) O vínculo ao mesmo *grupo químico* também pode ser escolhido como fundamento para uma proibição penal. Nesse caso, o tronco químico responsável pela psicoatividade tem de ser identificado. Assim, todos os derivados podem ser, de antemão, submetidos à proibição. Numa regulamentação desse tipo, é bem menor o risco de as novas substâncias não serem atingidas pela proibição penal e de a lacuna na regulamentação vir a ser indevidamente aproveitada.

4.1.2 Conduta punível

Num tipo penal, as condutas coibidas pela lei devem ser formuladas claramente. No campo do contato com as drogas há, na verdade, três grupos específicos de ações:

a) Ações vinculadas ao consumo ou atos de demanda:

- consumo (punibilidade direta do consumo de drogas);
- aquisição para si;
- em caso de porte, compra e fornecimento (entrega) não é a ação em si que é decisiva, mas a quantidade em questão.

b) Ações vinculadas ao tráfico ou atos de oferta:

- Produção;
- Cultivo;
- Entrega;
- Importação;
- Exportação;
- Trânsito;
- Venda;
- Realização de tráfico, comercialização.

---

a *cannabis*, a apenas 11%. No Reino Unido, a extensão média da pena aplicada às pessoas condenadas à detenção imediata por porte de drogas equivale, em caso de cocaína, a cinco meses, de ecstasy, a sete meses, e, de heroína, a dez meses. As penas médias para o tráfico de drogas (com exceção da importação e exportação) corresponderam a 29 meses para o *ecstasy* e 37 meses para cocaína e heroína. No entanto, as três substâncias são classificadas na mesma categoria. Isso leva à conclusão de que a Justiça – diferentemente das normas jurídicas – atribui a drogas diferentes uma dimensão diversa de nocividade ou de relevância penal. Vide mais a esse respeito em: *EMCDDA Jahresbericht Europa 2011*. p. 30.

(c) Colaboração para (a) ou (b) em variações temporais (antes, durante ou após o ato):

• Colaboração financeira;

• Garantia de outros meios (*know-how* para a produção, laboratório químico etc.) para a prática.

a) O *vínculo com o consumo* significa que essas ações pressupõem o contato direto com drogas, razão pela qual são inevitáveis para o consumo (voluntário). Elas se revelam, no entanto, problemáticas num Direito Penal onde o consumo em si não é punido, pois todas as ações que num momento prévio são inevitáveis para o consumo (aquisição para si e porte) podem igualmente ser "atos anteriores" do tráfico e venda. Esse problema não pode ser transposto com a eventual fixação da "quantidade para consumo" e da "quantidade para tráfico"; aliás, uma regulamentação dessa ordem também determina os hábitos comerciais dos vendedores: os traficantes raramente são pegos nas ruas com "quantidade para tráfico". Daí surge a possibilidade de introduzir um outro elemento para essas ações, a saber, que o entorpecente tenha sido pensado (subjetivamente) ou utilizado (objetivamente) para o consumo pessoal.

b) As ações *vinculadas ao tráfico*, na verdade, não oferecem dificuldades do ponto de vista da lei. Se todas essas formas de conduta forem regulamentadas na lei como ações que configuram o tipo, cria-se uma proibição que não deixa lacunas, em especial, se o tráfico abranger toda a logística até o usuário.

c) O legislador pode regulamentar essas ações de modo *sui generis* no domínio dos tipos associados às drogas, mas pode também buscar auxílio nas regulamentações gerais da participação do respectivo Direito Penal. Aqui não será realizada uma comparação jurídica aprofundada. Como um exemplo, tomaremos Hungria, onde qualquer forma possível de colaboração é submetida a punição: caso o agente das ações citadas no ponto (c) queira ajudar outrem a executar as ações pertencentes aos pontos (a) ou (b), ele será punido como cúmplice.[15] Porém, se tiver consciência apenas da possibilidade de as ações citadas serem cometidas com os seus conhecimentos (por exemplo, *know-how*) ou por meio de sua participação (por exemplo, segurança de um depósito), ele será penalizado pelo delito *sui generis* da colaboração.[16]

A tarefa do legislador é decidir quais grupos de atos deseja exatamente submeter à punição – numa legislação penal sobre drogas extensiva é frequente

15. § 21 uStGB [Código Penal húngaro] (Lei Nr. 4 do ano de 1978).

16. § 282 Abs 3b uStGB, § 282 Abs 4 uStGB, § 282/A Abs 5 uStGB.

enumerar todas as modalidades e dotá-las de pena, porque o legislador deseja reprimir todas as facetas possíveis do contato com drogas. É verdade que essa solução oferece uma proibição abrangente, mas pode acarretar difíceis problemas de concorrência.

4.1.3 Quantidades relevantes

De grande importância é ainda a questão de saber se a quantidade do entorpecente que acabou de ser produzido, adquirido ou vendido produz efeito sobre a responsabilidade penal. Isso significa que o legislador deve refletir se introduzirá as diferentes categorias quantitativas já mencionadas ("quantidade para consumo", "quantidade para tráfico") a fim de adequar os tipos legais ainda mais às configurações individuais de caso. Dessa forma, poderiam ser previstas, por exemplo, penas mais suaves para os agentes que lidam apenas com pequenas quantidades ou muito mais rígidas para aqueles que cometem as ações com quantidades maiores.

A fixação das quantidades penalmente relevantes pode ocorrer por meio do teor do princípio ativo ou da quantidade física (natural).

Se for atrelada ao teor do princípio ativo, o legislador deve – após ter elaborado a sua lista com as drogas proibidas – designar para cada entorpecente também o seu princípio ativo (ou já preparar a lista somente com princípios ativos) e também estabelecer de imediato as quantidades relevantes correspondentes. Uma tal solução promete a possibilidade da delimitação clara, ao menos no aspecto químico. Essa solução benevolente causa, no entanto, problemas pertinentes à culpa quase insolucionáveis, como também apresentarei no item 4.2.

A escolha da quantidade natural, ao contrário, é uma solução prática, que leva em conta as características do fenômeno do consumo de drogas: enquanto, tanto para o usuário como para o traficante, for importante apenas de uma perspectiva geral o que consomem e o que vendem ("*ecstasy*","crack", "heroína"), sem conhecimento da composição química exata (sobretudo do teor do princípio ativo), o Direito Penal deverá seguir essa concepção. Com uma solução desse tipo, também podem ser evitados os problemas consideráveis relacionados à culpa.

4.1.4 Elementos relacionados ao tipo voltados à proteção de outros interesses

O abuso de drogas acontece numa sociedade viva, onde os interesses originais passíveis de proteção, mencionados no item 3.2, se completam com outros interesses específicos, que, finalmente, também têm de ser direcionados

para a formulação dos tipos.[17] Assim, os seguintes interesses poderão ser consagrados no Direito Penal:

• A proteção da juventude – a facilitação do acesso a drogas por menores ou jovens adultos pode ser regulamentada como agravante;

• A proteção da população contra o crime organizado (o crime organizado significa na verdade riscos menores de fracasso do "projeto" criminal) – a organização em qualquer forma pode ser regulamentada como agravante;

• O mesmo se aplica ao uso de armas durante o crime;

• Repressão à premissa do lucro no tráfico de drogas – a finalidade comercial em qualquer forma pode ser regulamentada como agravante.

4.2 Circunstâncias subjetivas/culpa

A questão central de uma legislação penal do Estado de Direito é como definir a culpa nos determinados tipos. O princípio da culpa "constitui o componente material de um direito penal do Estado de Direito comprometido com a dignidade humana, a liberdade, a igualdade, a proporcionalidade e a reserva da lei. Ele expressa que uma conduta ilegal, em conformidade com o tipo, somente pode ser penalizada quando se pressupõe que o comportamento punível poderia ter sido evitado pelo agente".[18] A culpa é uma realização do desvalor, que ocorre conforme o tipo, de forma ilegal e culposa.[19]

O dolo como uma forma de culpa possui o elemento do conhecimento e do querer: as descrições jurídicas dos tipos contêm os elementos que o agente precisa conhecer para poder ser responsabilizado por seu ato. Esses correspondem às circunstâncias do ato, "aos elementos que caracterizam o desvalor específico de um delito. Lacunas de conhecimento a respeito permitem excluir o dolo".[20]

Nos tipos da legislação penal sobre drogas o legislador decide quais circunstâncias são caracterizantes para o delito em questão, mas essas também têm de ser averiguadas no tocante ao dolo. Desse modo – e exatamente por esse motivo – surgem, no entanto, problemas consideráveis atinentes à culpa, que, em casos concretos, levam à não punição. Em que grau o conhecimento das

17. Não tratarei aqui em pormenores das variantes da sanção.

18. GROPP, Walter. *Strafecht. Allgemeiner Teil*. 3. Aufl. Berlin: Springer, 2005. p. 67.

19. Idem, p. 262.

20. Idem, p. 163.

substâncias, do teor do princípio ativo, da quantidade agravante (atenuante) da punibilidade deve existir no momento em que se comete o ato?

Se o agente invoca, então, que desconhecia o teor do princípio ativo ou a quantidade, e não restam aos órgãos de investigação criminal outras provas disponíveis, a intencionalidade e, com isso, a culpa são excluídas e o agente é liberado. O cometimento negligente poderia ainda ser teoricamente possível, contudo, é quase incomum também reconhecer a negligência no domínio da legislação penal sobre drogas.[21]

Ao lado das condutas determinadas como tipo penal podem ser definidos outros elementos subjetivos. As condutas associadas ao consumo podem ser cometidas para uso pessoal, e o uso pessoal também pode ser regulamentado como dolo especial (intenção). Nesse caso, deverá haver dúvidas quanto à comprovação da existência dessa intenção durante o procedimento. Um outro dolo especial pode ser o objetivo de comercializar ou traficar: o legislador pode fixar essa intenção subjetiva como circunstância justificadora da punibilidade ou agravante, definindo esse dolo especial tanto para as ações associadas ao consumo como para a maioria das ações associadas ao tráfico.

4.3 A dependência de drogas como privilégio?

Desde que as ciências médicas comprovaram que (determinadas) drogas podem ocasionar uma dependência física ou psíquica que influencia consideravelmente o comportamento e as decisões do indivíduo, o Direito Penal encontra-se diante de um dilema: os atos dos infratores dependentes deveriam ser tratados exatamente como os atos dos não dependentes ou o Direito Penal deve fazer jus a essa situação diversa?

As respostas materiais-jurídicas podem ser diferentes:

a) *Modificação da culpa*: Exclusão da punibilidade no caso de inimputabilidade (por exemplo, sintomas de abstinência);

b) *Modificação dos tipos*: os tipos realizados por agentes dependentes e, portanto, investigados, distinguem-se dos tipos "normais". As variantes possíveis são as seguintes: (a) nem todas as ações serão punidas, (b) os limites de quantidade penalmente relevantes serão muito mais altos para os dependentes;

c) *Modificação da sanção*: em atos iguais, serão utilizadas cláusulas atenuantes para os dependentes.

21. A possibilidade de uma responsabilidade objetiva não será abordada aqui, porém, ela poderia ser uma alternativa aceitável em determinados ordenamentos jurídicos.

O Direito Processual Penal também oferece possibilidades para o tratamento individualizado de atos de agentes dependentes, no entanto, soluções processuais deixam intacta a responsabilidade existente (e punibilidade) e, estão, por sua natureza, expostas de maneira mais intensa à avaliação (ou discrição) dos órgãos de investigação criminal do que as normas cogentes de direito material.

É preciso, portanto, decidir se uma sociedade quer conferir a agentes dependentes o privilégio de discriminá-los positivamente no Direito Penal, ou seja, concedendo-lhes uma legislação penal mais branda. (Aqui não se reconhece a posição contrária, que defenderia que dependentes deveriam contar com uma legislação penal mais severa – devido ao paradoxo fundamental com a dignidade humana e à reprovação, de um modo geral, do chamado Direito Penal do agente).

4.4 Influência de estruturas dogmáticas gerais

A forma como a parte geral do Direito Penal está organizada num país e as estruturas dogmáticas que são utilizadas no Direito Penal podem exercer naturalmente importantes influências sobre a legislação penal das drogas e a densidade da proteção penal.

A tentativa ou preparação é punível de uma maneira geral ou por meio de normas específicas? A regulamentação – mais subjetiva – da tentativa é aceita ou a tentativa deve ser averiguada objetivamente? A participação nos delitos de outrem é fundamentalmente punível?

4.5 Terapia em vez de pena (sanções)

A forma como a legislação penal de drogas se organiza no plano da sanção depende de dois fatores que não são previsíveis objetiva e cientificamente, quais sejam, os *objetivos* da pena estabelecidos pelo legislador nacional e o próprio *arsenal de sanções* nacional. Sem uma comparação jurídica ampla não é possível fixar constatações genericamente sustentáveis.

Apesar disso, é necessário, sim, abordar um princípio difundido na Europa, o princípio da "terapia em vez de pena". Segundo esse princípio, não deveria, em primeira linha no sentido estrito, ser imposta pena alguma a usuários de drogas – ainda que tenham realizado tipos da legislação penal de drogas – em vez disso, o Estado deve tentar submetê-los a terapia (no sentido *lato*). O tratamento de saúde é, consequentemente, o foco desse princípio, e ele faz jus à ideia de que o consumo de drogas em si deve ser equiparado às doenças do corpo ou da psique. Um problema de ordem geral surgiu, contudo, com o fenômeno do frequente consumo de drogas para fins de diversão, em que, por-

tanto, os consumidores simplesmente não têm consciência da doença, o que torna questionável a aceitação de um tratamento de saúde. No Direito Penal, o princípio da "terapia em vez de pena" adquire, então, uma generalização na forma jurídica da chamada remição, e o legislador tem de decidir por si mesmo a quem e sob que circunstâncias ele concederá o benefício da remição. Os fatores das possíveis combinações são os seguintes:

a) *Pessoas*: todos os usuários ou apenas os usuários dependentes; e

b) *Condutas*: atos associados ao consumo e/ou atos associados ao tráfico/ou outros delitos de dependentes.

O legislador deve decidir claramente sobre a limitação da remição, pois a remição penal exerce importante influência sobre a punibilidade, tendo efeito excludente ou suspensivo da pena.

Uma legislação penal sobre drogas no Estado de Direito não aceita a cura forçada de dependentes, enquanto o consumo de drogas for visto filosófica e biologicamente como livre escolha do indivíduo. Um consenso pode ser alcançado num molde em que o consentimento inicial (antes do tratamento) sempre tenha de ser exigido e permaneça válido nas fases posteriores do tratamento (e da abstinência), ainda que a pessoa – devido à abstinência – venha a retirar o seu consentimento. Nesse momento, o tratamento voluntário transforma-se na verdade em tratamento forçado. Isso demonstra também que novas soluções trazem novos problemas e que, portanto, o legislador deve decidir precisamente (e honestamente) o que pretende almejar.

5. EXCURSO: DELITOS TRANSNACIONAIS RELACIONADOS A DROGAS NA EUROPA – EVOLUÇÕES INOVADORAS (?)

Neste trabalho, em primeira linha, o foco não recai sobre a Europa, mas, sim, tenta-se sistematizar as questões gerais de regulamentação (elementos de direito comparado) da legislação penal sobre drogas. No entanto, gostaria de abordar uma importante evolução ocorrida na Europa, que poderá ter relações concretas com os tipos materiais da legislação penal sobre drogas em todos os países envolvidos.

Tudo começou com o reconhecimento do princípio transnacional do *ne bis in idem*.[22] Há mais de vinte anos, alguns países se uniram para abolir o

22. VERVAELE, John A. E. The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights. *Utrecht Law Review*. vol. 2, p.

controle de fronteiras entre eles e criar um território sem fronteiras para todos os cidadãos da Europa (Schengen).[23] Em tratados de direito internacional, entre outros, constatou-se que sentenças transitadas em julgado num Estado representavam um obstáculo processual em outro país-membro.[24] Porém, o princípio do *ne bis in idem* não obteve eficácia real, sobretudo em razão da falta de sistemas de controle. Após 1997, no entanto, quando os Estados da União Europeia asseguraram outra base jurídica para a vigência do princípio,[25] dotando-a de um rígido controle judicial por meio do Tribunal de Justiça da União Europeia, iniciou-se para ele o caminho da vitória.[26] Embora esse caminho tenha levantado questões novas e até então não conhecidas, ou seja, tenha aberto portas completamente novas, essa evolução jurídica tem de ser sinceramente saudada.

Mas o que isso tem a ver com a legislação penal sobre drogas? Negócios com drogas na Europa muito raramente são realizados num só país, da produção ou cultivo até a venda aos usuários, as condutas infratoras são, via de regra, executadas em vários países-membros. Os órgãos de investigação criminal confrontam-se com a transnacionalidade do negócio ilegal de drogas, com dificuldades consideráveis. Os elementos de uma cooperação bem-sucedida já foram gerados: investigações internacionais, secretas, e fornecimentos controlados são meios capazes de dar à investigação criminal de todos os países

---

100-118. Netherlands: Universiteit Utrecht, 2005; VAN BOCKEL, BAS: *The ne bis in idem principle in EU law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

23. Acordo de 14.06.1985 firmado pelos governos dos Estados da União Econômica do Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa relativo à progressiva abolição dos controles nas fronteiras comuns; Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14.06.1985, Convenção de Aplicação de Schengen (Caas).

24. Art. 54 da CAAS: "Aquele que tiver sido julgado por uma parte contratante com sentença transitada em julgado não pode ser indiciado em outra parte contratante pelo mesmo ato, salvo se, em caso de condenação, a sanção já tiver sido executada, estiver sendo executada ou, de acordo com a legislação do Estado que proferiu a sentença, não puder mais ser executada".

25. Depois de ter sido inicialmente realizada com base do direito internacional, a cooperação Schengen foi inserida na União Europeia (e, dessa forma, no Direito da UE) por meio do Protocolo Schengen ao Contrato de Amsterdam, de 02.10.1997, com eficácia a partir de 01.05.1999.

26. Desde que as normas jurídicas Schengen se tornaram parte do Direito Europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia pode exercer a sua competência judicial também em relação a essas normas. (Antigo) Art. 35 do Tratado da União Europeia.

membros da União Europeia melhores condições na luta contra a criminalidade das drogas.

Apesar de as leis penais dos Estados-membros da União Europeia naturalmente não serem idênticas, os elementos básicos antes citados são predominantemente existentes.[27] Contudo, as direções políticas ou sociais dão origem a diferenças concretas. Delitos transnacionais acarretam, no mínimo, a possibilidade teórica de várias investigações criminais, em tais atos, o poder penal de todos os Estados envolvidos é acionado. Devido ao princípio transnacional do *ne bis in idem*, todavia, uma condenação (ou absolvição) representa um obstáculo definitivo à ação penal em outro Estado, mesmo no caso de delitos transnacionais ligados às drogas.

É de fato possível que uma ação penal por tráfico internacional de drogas levado a cabo em um país bloqueie todas as outras ações penais? Pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia se produz, em relação ao tráfico internacional de drogas, a real reunificação de atos que foram fracionados em várias partes pelas leis e fronteiras nacionais. Somos, assim, testemunhas oculares de uma importante *evolução jurídica*, que possivelmente poderá levar a uma nova abordagem em relação ao manuseio jurídico de delitos transnacionais ligados às drogas.

Um cidadão italiano (Miraglia) foi acusado de ter organizado junto com outras pessoas o transporte de 20,16 quilos de entorpecentes (heroína) da Holanda para Bolonha, um delito que é punível tanto na Itália como na Holanda. Na Itália, foi instaurada contra ele uma ação penal (prisão preventiva, depois, prisão domiciliar). Paralelamente, foi aberta pelos órgãos judiciais holandeses uma ação penal contra ele devido ao transporte de cerca de 30 quilos de heroína da Holanda para a Itália.[28] Chegarão ambas as ações a uma condenação definitiva, o *ne bis in idem* pode intervir? Esses atos são idênticos?

O cidadão belga Van Esbroeck foi condenado por uma sentença norueguesa, em 2000, a uma pena de reclusão de cinco anos por ter importado entorpecentes (anfetaminas, haxixe, MDMA e diazepam) ilegalmente para a Noruega, em 01.06.1999. Após o cumprimento de uma parte da pena, foi posto, em 08.02.2002, em liberdade condicional e enviado sob escolta de volta à Bélgica. Quando Van Esbroeck chegou à Bélgica, foi promovida uma

27. Vide a respeito os bancos de dados e tratados comparados do EMCDDA. Disponível em: [www.emcdda.eu].

28. C-469/03 Acórdão do Tribunal de Justiça (5.ª Câmara) de 10.03.2005, ação penal contra Filomeno Mario Miraglia, *Sammlung der Rechtsprechung* 2005. p. I-2009.

ação que o condenou a uma pena de detenção de um ano por ter exportado os citados entorpecentes ilegalmente da Bélgica. Constituem condutas ilícitas que consistiram na exportação de entorpecentes do território nacional de um país-membro e na importação desses entorpecentes para outro país-membro e que levaram a ações penais em ambos os Estados envolvidos os mesmos atos ou atos diferentes?

O cidadão holandês Van Straaten foi indiciado na Holanda, primeiro, por haver importado cerca de 5.500 gramas de heroína da Itália para a Holanda, segundo, por porte de uma quantidade de aproximadamente 1.000 gramas de heroína na Holanda.

Na Itália, Van Straaten também foi indiciado, porque – no mesmo período – possuía cerca de cinco quilos de heroína e exportou para a Holanda diversas vezes.[29] A exportação de uma partida de heroína da Itália para a Holanda é o mesmo ato que a importação da mesma partida de heroína da Itália para a Holanda?

A Sra. Kraaijenbrink, uma cidadã holandesa, foi condenada por uma sentença holandesa, em 1998, devido a vários delitos puníveis relacionados à obtenção, à posse e à transferência de receitas provenientes do tráfico, a uma pena de seis meses de prisão por receptação dolosa, cuja execução foi suspensa condicionalmente. Em 2001, um tribunal belga a condenou a dois anos de prisão, por haver efetuado câmbio, de novembro de 1994 a fevereiro de 1996, de valores em dinheiro provenientes do tráfico com entorpecentes na Holanda. Na opinião dos tribunais, as condutas ilícitas puníveis cometidas na Holanda relativas às receitas do tráfico de drogas e as condutas ilícitas puníveis cometidas na Bélgica relacionadas à lavagem dos valores oriundos do tráfico com entorpecentes na Holanda deveriam ser consideradas como ações puníveis autônomas.[30] Torna o dolo unitário, no qual se apoiou a receptação dolosa na Holanda e a lavagem de dinheiro na Bélgica, os dois atos, sim, idênticos?

O Tribunal de Justiça da União Europeia dá uma resposta clara a todas essas perguntas: o mesmo ato representa um conjunto de fatos vinculados entre si de modo indissociável do ponto de vista temporal e espacial, bem como por sua finalidade. Isso significa, portanto, que a existência de um conjunto de fatos

29. C-150/05 Acórdão do Tribunal de Justiça (1.ª Câmara) de 28.09.2006, Jean Leon Van Straaten contra o Estado dos Países Baixos e República da Itália, *Sammlung der Rechtsprechung* 2006. p. I-9327.

30. C-367/05 Acórdão do Tribunal de Justiça (2.ª Câm.) de 18.07.2007, ação penal contra Norma Kraaijenbrink, *Sammlung der Rechtsprechung* 2007. p. I-6619.

vinculados entre si de modo indissociável, independentemente da qualificação jurídica desses fatos ou do interesse jurídico protegido, representa "o mesmo ato". Disso resulta que as ações puníveis que consistem na exportação e na importação dos mesmos entorpecentes, investigadas penalmente em Estados-membros diferentes da Caas, basicamente devem ser consideradas como "o mesmo ato" nos termos do art. 54 da Caas, cabendo o seu julgamento definitivo aos tribunais nacionais competentes.

No que diz respeito aos crimes ligados às drogas, não é, portanto, necessário, que sejam idênticas as quantidades de drogas em questão em ambos os Estados-membros envolvidos ou as pessoas que supostamente participaram do ato em ambos os Estados. "As condutas ilícitas que consistem na exportação e na importação dos mesmos entorpecentes e que foram investigadas penalmente em diferentes Estados-membros do Acordo de Aplicação devem ser basicamente consideradas como "o mesmo ato" nos termos do art. 54."[31]

Muito importante é a constatação de que, a partir de um vínculo subjetivo entre os atos que desencadearam a investigação penal nos dois diferentes Estados-membros, não resulta obrigatoriamente a existência de um vínculo objetivo entre os respectivos atos materiais, que, por conseguinte, poderiam divergir do ponto de vista temporal e espacial, bem como por sua finalidade. O dolo unitário por si só, portanto, não vincula, o vínculo objetivo é decisivo: se, total ou parcialmente, os mesmos lucros obtidos do tráfico de drogas derivam dos atos ilícitos cometidos em ambos os Estados-membros, a sua subsunção sob o conceito de "mesmo ato" nos termos do art. 54 da Caas somente será considerada se for comprovado um vínculo objetivo entre os valores pecuniários.

Desse longa linha de pensamento destacam-se aqui dois pontos de evolução muito característicos e instigantes. Com base nas argumentações acima e no conceito geral *sui generis* de "mesmo ato", pode-se constatar que delitos de drogas na Europa *da perspectiva jurídica não são, de fato, transnacionais*: a transposição de uma fronteira nacional não causa mais a multiplicação da exigência penal, vale somente o vínculo material entre as unidades de ação.

Em segundo lugar, essas sentenças trazem a importante mensagem que elementos subjetivos não são reconhecidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia como características vinculadoras, o que, todavia, pode ter amplos efeitos sobre os elementos subjetivos relativos ao tipo de uma regulamentação de direito nacional ou mesmo sobre a doutrina das etapas de realização do delito. Se, por exemplo, num país "A" a exportação de drogas só for sujeita

31. Acórdão Van Esbroeck, n. 42.

a pena se estiver ligada a um dolo especial de comercialização, e, se no outro país "B" *somente* a importação dolosa for punível, as diferentes apreciações criminais-políticas tanto do país A como também do país "B", baseadas nas circunstâncias subjetivas do ato, perdem seu sentido.

No entanto, como o *conjunto de fatos vinculados entre si de modo indissociável*, por outro lado, abrange todas as circunstâncias objetivas do ato, é evidente que também qualificações objetivas ou outros elementos objetivos a serem levados em conta, previstos no Código Penal do país "A", mas não no do país "B", desaparecem no caso de uma condenação no país "B". Dito de maneira mais precisa, não virão absolutamente à tona na apreciação penal.

Com isso, pode se produzir também a situação em que condutas puníveis se simplificam na criminalidade transnacional associada às drogas, a variedade de regulamentações das legislações penais sobre drogas – em uma tal evolução orgânica – elimina-se sem uniformização jurídica normativa. Dessa forma, até mesmo uma regulamentação supranacional da legislação penal sobre drogas na Europa também seria concebível.

6. RESUMO E FUTURO

As questões fundamentais de uma legislação penal sobre drogas só podem ser respondidas até uma determinada profundidade, depois disso, intervém a realidade social: sozinha, a legislação penal sobre drogas material não é adequada para realizar os objetivos abundantes da intervenção penal. Os padrões atuais do uso de drogas exigem dos diferentes serviços estatais e sociais o desenvolvimento de medidas mais complexas e mais diferenciadas, voltadas às necessidades e melhor integradas em geral aos recursos do sistema social e da saúde.

Tem-se, portanto, quase em toda a parte a impressão de que a única coisa que o Direito Penal pode genuinamente representar é o efeito simbólico da proibição. Isso pode ser, sim, suficiente e adequado em muitas áreas, mas, ao que parece, dificilmente o será em relação às drogas.

Swoboda afirma com razão que "quem estiver convencido de que o significado especialmente simbólico e admoestador das leis penais não possa ser substituído por outras medidas, não irá querer, enquanto justamente essa força simbólica lhe for importante, prescindir da lei penal como meio de intimidação e reforço da consciência do direito".[32] A simbologia é difícil de ser definida,

32. SWOBODA, Sabine, op. cit., p. 48.

por isso, um direito penal simbólico pode facilmente se transformar em uma legislação penal "moralizante", como *Feinberg*, com razão, critica (a legislação penal na forma de uma criminalização de infrações contra juízos de valores tradicionais ou morais, impostos pela classe social dominante).[33] Uma tal moralização penal deve ser de todo modo evitada, porém, ela é quase típica para os sistemas modernos de legislação penal de drogas, nos quais "em primeira linha, não se trata da proteção penal, mas, sim, de uma comprovação enganosa de uma reação política enérgica. Típicos seriam os *déficits* de execução aos quais estão ligados".[34] Complementando com *Prittwitz*: "Enquanto, por um lado, se acreditar na capacidade de solução dos problemas do Direito Penal, mas por outro lado, o Direito Penal não resolver os problemas, se afirmará – como já aconteceu até agora – que o fracasso do Direito Penal se deveria (...) à peculiaridade do Direito Penal, tratando-se aí exatamente dos aspectos que conferem ao Direito Penal contornos do Estado de Direito (atribuição e responsabilidade individual, criminalização antes do ato, investigações após o ato, a promotoria como chefe do processo de investigação, possibilidades de inquérito na esfera privada estritamente limitadas e, no caso concreto, judicialmente averiguadas, participação da defesa)".[35] Já que essa particularidade do Direito Penal – segundo as atuais concepções jurídicas e sociais-filosóficas – não pode ser eliminada, os países têm de encontrar outros meios para as soluções de todos os problemas relacionados às drogas.

O resultado não é nenhum motivo de orgulho para o Direito Penal. O Direito Penal deve ser somente uma engrenagem na máquina que dirige a forma de lidar com as drogas e com a criminalidade associada às drogas. As necessidades sociais concretas (aceitação ou não aceitação de fenômenos de toda a espécie ligados às drogas), a política (as diferentes correntes políticas e seus valores fundamentais), o dinheiro (orçamentos para prevenção, tratamentos, combate às drogas) constituem hoje fatores de decisão igualmente poderosos. Nenhum tomador de decisão deve tratar esses fatores com desigualdade e, em

33. FEINBERG, JOEL: The Moral Limits of the Criminal Law. *Harmless Wrongdoing*. New York: Oxford University Press, 1987. vol. 4, p. 3.

34. HELGERTH, Roland; WEBER, Klaus. Das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) – Entstehung und Auswirkungen. In: HELGERTH, Roland; DÖLLING, Dieter; KÖNIG, Peter (hrsg.). *Recht gestalten – Dem Recht dienen: Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag*. Berlin: Walter de Gruyter, 2007. p. 513.

35. PRITTWITZ, Cornelius: Funktionalisierung des Strafrechts. *Strafverteidiger*. n. 9. p. 441. Deutschland: Wolters Kluwer, 1991.

determinadas situações, dar prioridade a um ou a outro (por exemplo, *law on drugs*), mas, sim, deve tentar finalmente aproximar-se do problema das drogas com honestidade, para pôr fim à guerra de crenças. Se as nossas sociedades conseguirão em algum momento realizá-lo, permanece ainda em aberto – é tarefa de todos nós trabalhar para isso.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Análise crítica da problemática das drogas e a Lei 11.343/2006, de Nereu José Giacomolli – *RBCCrim* 71/81;
- Drogas e direito penal mínimo: análise principiológica da criminalização de substâncias psicoativas, de Otávio Dias de Souza Ferreira – *RBCCrim* 75/183;
- El caso de drogas para consumo personal en la justicia federal penal de la Ciudad de Buenos Aires: ¿Hacia un criterio de oportunidad "informal"?, de Damián Pablo Borean e Santiago Martínez – *RBCCrim* 65/26;
- La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código Penal, de José Luis de La Cuesta Arzamendi – *RBCCrim* 41/206;
- Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo, de Luís Greco – *RBCCrim* 87/84;
- Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo. Uma ainda necessária reflexão, de Luciano Anderson de Souza – *RBCCrim* 88/167; e
- Razones del fracaso del combate internacional a las drogas y alternativas, de Kai Ambos – *RBCCrim* 41/27.

56485

SECRET SURVEILLANCE. MEASURES OF SECRET INVESTIGATION IN THE CRIMINAL PROCESS

1

HANS-JOERG ALBRECHT

Honorary Professor of the Faculty of the University of Freiburg. Director of the Max Planck Institute for International and Comparative Criminal Law in Freiburg.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: As medidas de investigações de segurança cresceram muito durante as últimas décadas e as técnicas secretas de supervisão têm sido utilizadas para os crimes conhecidos como crimes de transação. Todas estas técnicas ganharam impulso a partir de 11 de setembro e a rápida disseminação de estratégias contra o terrorismo. Crimes de transação tais como o tráfico de drogas são caracterizados pela ausência de vítimas e testemunhas que poderiam apresentar informações sobre o crime e os possíveis suspeitos. Restrições normativas estabelecidas nas técnicas abertas de investigações contribuem para a utilização de medidas investigativas (e proativas) secretas. As medidas investigativas secretas apontam para vários discursos políticos, jurídicos e teóricos onde o equilíbrio de segurança e privacidade, além da proporcionalidade, destacam-se. As medidas secretas de investigação sobrepõem-se ao monitoramento com base na tecnologia da telecomunicação, além da utilização de táticas

ABSTRACT: Secret investigation measures have proliferated during the last decades. Secret surveillance techniques have been developed for the investigation of so called transaction crime. Such techniques gained momentum after 9/11 and the rapid spread of counter terrorism strategies. Transaction crime like drug trafficking are characterized through the absence of crime victims and witnesses who would provide for information on criminal offences and possible suspects. Normative restraints placed on open investigation techniques contribute to the resort to secret (and proactive) investigation measures. Secret investigation measures point to various political, legal and theoretical discourses among which balancing of security and privacy as well as proportionality issues stand out. Secret investigation measures overlap with surveillance based on telecommunication technology as well as deceptive tactics. Wire taps, retrieval of telecommunication traffic data and retention of traffic data for the purpose of criminal

enganosas. As escutas telefônicas, a captura de tráfico de dados de telecomunicação e a retenção de dados de tráfico de telecomunicação para propósitos de investigação criminal têm um papel chave nos debates de quanto acesso o Estado deveria ter aos dados pessoais gerados no setor privado.

PALAVRAS-CHAVE: Escuta telefônica - Supervisão de telecomunicações - Medidas de investigação encoberta - Terrorismo - Crime organizado.

investigations play a key role in debates on how much access the state should have to personal data generated in the private sector.

KEYWORDS: Wiretap - Telecommunication surveillance - Covert investigation measures - Terrorism - Organized crime.

SUMMARY: 1. Introduction - 2. Political and legal discourses related to secret investigation techniques: 2.1 Security *vs.* privacy and freedom; 2.2 Comprehensive data collection; 2.3 Investigation without a reasonable suspicion and the prevention of danger; 2.4 When is a danger imminent?; 2.5 Proportionality; 2.6 The core areas of basic rights (privacy and freedom); 2.7 Public acceptance and legitimacy of secret surveillance; 2.8 The private sector and mandatory participation in combating crime; 2.9 Combining investigative techniques: secret investigation, deception and procedural fairness - 3. Empirical research on secret investigation measures - 4. Theorizing secret surveillance - 5. Summary and conclusions - 6. Literature.

1. INTRODUCTION

Secret surveillance has received new momentum as security became a top ranked political issue after the terrorist attacks of 9/11. In Europe and elsewhere a discourse on security *vs.* freedom and privacy unfolded which weighs potential benefits of police powers to collect secretly data and information against corresponding restrictions on basic and human rights.

Secret surveillance affects human rights in various ways. Secret surveillance may penetrate deeply privacy, it is based on citizens trusting that their communication will remain confidential and their privacy respected, overriding thus defense mechanisms which against open surveillance would become effective.

In Europe, during the last decade it was in particular the issue of mandatory retention of telecommunication traffic data which has fueled conflicts on the limits of the state's legitimate access to personal data generated in the private sector. The European Union Directive 24/2006 on mandatory data retention in fact may serve as a paradigm for new arrangements between the public and the private sector as far as criminal law enforcement is concerned. European Union approaches to control organized crime place the focus on information and intelligence as well as the exchange of intelligence between police forces.

According to "The Future Group Report 2008" an "information tsunami" has occurred which has to be exploited effectively in order to improve law enforcement. The conviction that "information is the key to protecting the public and in an increasingly connected world in which public security organizations will have access to almost limitless amounts of potentially useful information"[1] is guiding not only the development of policing organized crime. Automated data exchange, the elaboration of a European Criminal Intelligence Model (Ecim) and a focus on Intelligence Led Policing are the key elements of crime control and counter terrorism strategies.

Secret (or covert) investigation measures once had been exclusively instruments in the hands of security agencies for the generation of intelligence. While law enforcement organizations carry out investigations within the strictly formal framework of criminal procedural law with the goal of providing for (admissible) evidence of criminal responsibility with respect to an alleged criminal offence, intelligence services are interested in collecting information which is necessary to identify potential dangers and which is relevant for responding to risks and for preventing harm.

Secret investigation measures became (slowly) part of criminal procedural law and entered also police and public order laws.[2] Secret investigative techniques express the move towards prevention and security in criminal law and criminal justice. The proliferation of covert collection of information started with the emergence of control of illicit drugs in the 1960s. Penalization of drugs and drug trafficking concerns a first significant move of criminal law into the field of transaction crime which is in particular characterized by the absence of a (direct) victim of crime. Transaction crime then does not represent, other than conventional crime, terminated acts (which are the blue print of criminal offences addressed by criminal procedural law), but continuing criminal activities. Drug and human trafficking, arms trafficking and the like occur within the framework of an illicit market regulated by demand and supply. Such transaction crime corresponds to what is called organized crime or networks of crime. The particulars of transaction crime result in conditions and challenges for law enforcement and security policies explaining not only the introduction of secret investigative techniques but also

1. The Future Group: Freedom, Security, Privacy – European Home Affairs in an open world. Brussels, 2008. p. 43.

2. PITSCHAS, R. (ed.). *Kriminalprävention und 'Neues Polizeirecht'. Zum Strukturwandel des Verwaltungsrechts in der Risikogesellschaft*. Berlin: Dunker & Humblot Buch, 2002.

the growing convergence between prevention and repression. These particulars concern essentially the absence of a crime victim providing for information on an offence and a possible suspect as well as the network and continuing enterprise character of transaction crime. Chains of transactions link producer, whole sale and retail markets; of particular significance for law enforcement is the replacement effect which follows from the obvious replaceability of drug traffickers throughout the chain. Replacement effects evidently neutralize successful police investigations into drug trafficking with respect to illicit markets and leave the marketing of illicit goods almost unaffected.[3]

The proliferation of secret and deceptive investigative techniques is explained also by open investigative measures, in particular interrogation of suspects, falling increasingly under normative restraints (prohibition of coercion and deception when interrogating suspects, warning requirements ["Miranda rights"], access to defence council etc.).[4] Such restraints on open investigative measures generate incentives to use secret surveillance of communication of suspects.

Germany may serve as an example for the rise of secret investigation measures and the development of political and legal discourses coming with them. Secret investigation were introduced in Germany the first time end of the 1960s authorizing wiretaps for domestic intelligence agencies and for law enforcement agencies (selected serious criminal offences, since 1974 also for the investigation of drug trafficking). However, it was in 1992 (Law on Combating Drug Trafficking and other Forms of Organized Crime) that an amendment of the criminal procedural code systematically regulated secret investigation measures which had been practiced in terrorist and drug trafficking cases well before a formal statutory basis had been introduced.[5] After a long debate,

3. See for example the evaluation report addressing the drug action plan of the European Union: Communication from the Commission to the Council and the European Parliament: On an EU Drugs Action Plan (2009-2012). Report on the Final Evaluation of the EU Drugs Action Plan. Brussels, 18.09.2008, SEC (2008) 2456; see also REUTER, P.; TRAUTMANN, F. *Report on Global Illicit Drugs Markets 1998-2007*. Bruxelles: European Communities, 2009.

4. ROSS, J. E. Undercover Policing and the Shifting Terms of Scholarly Debate: The United States and Europe in Counterpoint. *Annual Review of Law and Social Sciences*. vol. 4. p. 239-273. California: Annual Review, 2008.

5. So, for example data mining, including several data sources, had been used extensively in police investigation of German terrorism in the 1970s and 1980s, see PEHL, D. *Die Implementation der Rasterfahndung – Eine empirische Untersuchung der gesetzlichen*

electronic surveillance of private premises was added to the catalogue of secret investigative techniques in the year 1998. In 2007, the rules on secret investigative measures have been subject to a complete revision; in addition an obligation of telecommunication providers to retain telecommunication traffic data for 6 months was added to the telecommunication law, implementing thus a directive (24/2006) of the European Union which requires retention of telecommunication (traffic) data (including internet access data) for a minimum of 6 months and a maximum of 24 months.[6] With the Law on Combating Threats of International Terrorism (as of December, 25, 2008) the Bundeskriminalamt (Federal Police Office) was authorized to investigate secretly in computer systems by infiltrating such systems through "Trojans"; moreover, Federal police are now empowered to use telecommunication surveillance for the purpose to prevent terrorist acts.

Issues raised by secret surveillance partially overlap with issues related to deceptive approaches in the investigation of crime. At the center of secret and technology based measures surveillance of communication is located. Secret investigative measures concern besides wire taps (telecommunication surveillance), the electronic surveillance of private premises, retrieval of telecommunication traffic data, data mining (Rasterfahndung), undercover police, identification of mobile telecommunication devices (IMSI-Catcher), use of surveillance technology to tape conversations etc., in the public space. The use of informants, however, is not regulated in the criminal procedural code (but a rule concerning informants has been introduced in the Law on the Federal Police Office, Bundeskriminalamtsgesetz) nor is regulated investigation carried out by the private sector or the use of "buy and bust" operations.

The debates, however, go beyond national borders. Covert and proactive investigative methods have developed into internationally recognized and transnationally applied instruments. Besides the Vienna 1988 convention on combating drug trafficking, the UN Transnational Crime Convention 2000 mentions special investigative techniques in art. 20 and encourages members to the convention to allow various forms of covert investigations.

Regelungen zur operativen Informationserhebung durch Rasterfahndung. Freiburg: Duncker & Humblot Buch, 2008.

6. Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG, BT-Drs. 16/545.

International and European developments in the field of telecommunication surveillance are driven by technological advancements, fundamental changes in social and economic structures as well as growing awareness for organized crime, transaction crime and international terrorism.[7] Convergence of communication technologies, privatization of the telecommunication sector, a rapid spread of mobile communication equipment, a significant decline of the costs associated with telecommunication, miniaturization of communication equipment and the (international) spread of efficient communication networks not only pose new challenges for criminal investigation but open new possibilities for effective and far reaching control and surveillance.[8]

International developments are also characterized by controversial debates on the relationship between secret surveillance and fundamental rights (in particular the right to privacy),[9] controversies which become visible in documents issued by the Council of Europe[10] and the European Union,[11] by the European Parliament and in particular in decisions made by the European Court on Human Rights.[12] A controversial issue concerns the extent to which private telecommunication providers can be obliged to cooperate with law enforcement in telecommunication surveillance and to maintain and adjust

---

7. See also the summary of covert and secret investigative measures in European Union member states in TAK, P. *Heimelijke opsporing in de Eurpoese Unie*. Antwerpen: Intersentia, 2000.

8. HOOGENBOOM, B. Sun Tzu goes electronic. The changing nature of proactive methods in (criminal) intelligence. In: FIELD, S.; PELSER, C. (eds.). *Invading the Private. State Accountability and New Investigative Methods in Europe*. Aldershot: Dartmouth, 1998. p. 163; Commission Nationale de l'Informatique et des Libertes: 21e Rapport d'Activite 2000. Paris, 2001. p. 19.

9. See the decisions of the European Court on Human Rights: Klass (1978), Malone (1984), Leander (1987), Huvig and Kruslin (1990), Lüdi (1992), A. against France (1993), Halford (1997), Kopp (1998).

10. Council of Europe Recommendation R (95) 13 Concerning Problems of Criminal Procedure Law Connected with Information Technology.

11. Council Conclusions of 19.12.2002 on information technology and the investigation and prosecution of organised crime; see also Council Resolution 17.01.1995 on the lawful interception of telecommunication. Official Journal of the European Communities 04.11.1996; Directive 97/66/EC of the European Parliament and the Council as of 15.12.1997; as regards data protection in the telecommunication sector see directive 2002/58/EC as of 12.07.2002.

12. See Kopp vs. Switzerland, 25.03.1988.

systems to the needs of law enforcement.[13] Here, it is in particular the problem of how long traffic data must be retained and under what conditions law enforcement agencies should be authorized to retrieve such traffic data for the purpose of law enforcement,[14] furthermore, the question is discussed to what extent and at what cost private telecommunication providers must maintain and develop technologies that enable law enforcement agencies to intercept telecommunication.[15] In balancing interests therefore besides data protection, privacy and law enforcement needs economic and commercial interests have to be considered, too.[16]

The European Union has in several resolutions and documents highlighted that monitoring telecommunication is particularly helpful in investigating organized crime cases.[17] The Council of Europe has voiced similar conclusions.[18] However, the salience of monitoring telecommunication and the benefits drawn from such surveillance for law enforcement follow from the covert and secret penetration of citizens privacy and therefore from the infringement on fundamental rights[19] that are protected by national constitutions, the European Convention on Human Rights and International Human Rights instruments. Insofar wiretapping, eavesdropping and other surveillance techniques have to balanced against rights that are enshrined in art. 8 I, II of the European

13. See US Communications Assistance for Law Enforcement Act (Calea) 1994 or the Dutch Telekommunication Law 1998.
14. See the Cyber Crime Convention of the Council of Europe as of 23.11.2001, §§ 14, 15.
15. See the summary on the state of European Union member legislation in Note of the Council of the European Union to the Multidisciplinary Group on Organised Crime, Brüssel, 20.11.2002.
16. ELLIOT, C. The legality of the interception of electronic communications: a concise survey of the principal legal issues and instruments under International. *European and National Law*. Luxembourg: European Parliament, Directorate General for Research, 1999.
17. See Council Resolution OJ 04.09.1996; Council Conclusions of 19.12.2002 on information technology and the investigation and prosecution of organised crime.
18. Conseil de l'Europe, Comité des Ministres: Expose des Motifs. Recommandation Rec (1996) 8 sur politique criminelle et droit pénal dans une Europe en transformation (adoptée par le Comité des Ministres le 05.09.1996, lors de la 572e réunion des Délégués des Ministres).
19. BACIGALUPO, E. The Use of Technical Means in Interception and Surveillance of Private Communications. In: MILITELLO, V.; HUBER, B. (eds.). *Towards a European Criminal Law Against Organised Crime – Proposals and Summaries of the Joint European Project to Counter Organised Crime*. Freiburg: Iuscrim, 2001. p. 132.

Convention on Human Rights (and that are also mentioned in art. 7, 8 of the European Unions Human Rights Charta, in art. 12 of the General Declaration of Human Rights as well as art. 17 on the International Covenant on Civil and Political Rights).[20] Various decisions of the European Court on Human Rights have dealt with legal requirements of telecommunication surveillance. According to these decisions first of all a statutory basis is necessary[21] which is seen to be legitimate only if the necessity to infringe on privacy by way of wiretaps or eavesdropping can be established in a democratic society. Then, the European Court on Human Rights confirms that art. 8 of the ECHR may be restricted only on the ground of pursuing national and public security, the economic well being of the nation, prevention of crime and social unrest, protection of public health as well as the basic rights of others.[22] These principles are also underlined in the Directive 2002/58/EC of the European Parliament and the Council which says in art. 15 I that the fundamental rights of privacy and data protection may be restricted only if such restrictions amount in a democratic society to necessary, adequate and proportional measures to protect national and internal security and to prevent and to repress crime.

The European Unions decision to issue Directive 24/2006 which requires from member states legislation with respect to mandatory retention of telecommunication traffic data by telecommunication providers has resulted in some European countries in constitutional challenges. The Constitutional Courts of Germany, Romania and the Czech Republic have declared national laws on data retention to be unconstitutional.[23] Another case is still pending before the Hungarian Constitutional Court. The controversial topics relate to the question of whether retention of all telecommunication traffic data without a reasonable cause, based only on the assumption that such data are needed in combating serious organized crime and terrorism, is proportional as well as to the question how effective protection of retained data against misuse can be implemented.

---

20. See Recommendation of the OECD Council concerning Guidelines for the Security of Information Systems, adopted on 26-27.11.1993 C(92) 188/Final and ETS 108 Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data, 01.10.1985; MICHAEL (1994).

21. See ECHR 02.08.1984, Series A, vol. 82, Malone vs. UK.

22. Kopp vs. Switzerland, 25.03.1988; Valenzuela Contreras vs. Spain, 30.07.1998.

23. Germany: decision of the Federal Constitutional Court as of 02.03.2010, 1 BvR 256/08; Romania: Constitutional Court decision as of 08.10.2009; Czech Republic: Constitutional Court, decision as of 22.03.2011.

2. POLITICAL AND LEGAL DISCOURSES RELATED TO SECRET INVESTIGATION TECHNIQUES

Several political and legal discourses around secret investigative techniques can be identified which develop since the 1970s when wire taps became an issue in particular in the investigation of drug trafficking.[24]

2.1 Security vs. privacy and freedom

A discourse on conflicts between effective law enforcement and security on the one hand and privacy and freedom on the other hand can be observed everywhere. The discourse deals with strategic questions of security in modern society and in particular also with the problem of what role criminal law should play in the pursuit of security. Criminal law evidently is assigned increasing relevance and responsibility in the pursuit of security. The function of criminal law moves towards enforcing security; criminal law becomes an element in a new architecture of security.[25] The changing role of criminal law (and criminal procedural law) is justified with eminent and extreme dangers and risks (dread risks) posed by criminal networks and international terrorism. Herewith, changes in the concept of security emerge, which results in definitions of security narrowing security down to security from serious crime and in particular violence. Moreover, the concept of security is moving towards an integration of internal and external security, blurring the boundaries between military and law enforcement, external and internal intelligence agencies and intelligence agencies and agencies of law enforcement.[26] The core problem in the process of weighing security against freedom and privacy concerns that a basic condition of freedom in fact is security. Insofar, no contradiction between security and freedom can arise: without security there will be no freedom. Basic and human rights can be enjoyed only in a secure environment. But, security seen from this perspective must be understood as a wide concept, including alls aspects of security, in particular social security. The discourse

24. See ROSS, J. E. Op. cit., 2008 for a discussion on the relevance of normative and political discourses for international comparative analyses.

25. HASSEMER, W. *Sicherheit durch Strafrecht*. Hamburg: HRRS, 2006. p. 130-143.

26. See KRAUSS, D. Menschenrechte zwischen Freiheit und Sicherheit. In: SESSAR, K. (ed.). *Herrschaft und Verbrechen. Kontrolle der Gesellschaft durch Kriminalisierung und Exklusion*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008. p. 49-69.

must therefore address questions of what kind of security is pursued and which dangers and risks in fact are threatening security.

2.2 Comprehensive data collection

A second discourse unfolds around the issue of how much information and data the state respectively law enforcement and security agencies need in order to be able to establish valid threat scenarios, identify dangerous individuals and to enforce effectively criminal law. The debate is relevant indeed as there exists an increasing wealth of personal data in developed societies.[27] Data protection ombudsmen and human rights organizations point to the insatiableness of the states interest in data and information, complain the "death of privacy" and assume that the advancement of information technology and the creation of comprehensive data banks will fuel the interest to use such data for policies of public security and law enforcement. The telecommunication traffic data retention policies implemented in the European Union demonstrate that protection of personal data and the right to privacy are outweighed by security concerns. If the purpose of law enforcement and the maintenance of public security suffice in justifying the retention and preservation of personal data, then in principle all kinds of personal data might be retained on the ground of these purposes and without individually determined plausible cause. Such an approach would conflict with a general prohibition to collect personal data of citizens ahead of any practical usability of such data.[28] When the German Federal Constitutional Court in 2010 judged German implementation of telecommunication traffic data retention, it argued that the constitutionality of traffic data retention will be dependent on traffic data retention remaining an exceptional case and that further stockpiling of personal data would not be tolerated.[29]

A good example of the useability of (stockpiled) personal data can be found in a case which went before the courts in 2007. A magistrate court (city of Halle) had to judge a case where the public prosecutor requested data from all credit card enterprises operating in Germany in order to investigate a case of child pornography.[30] The prosecutor had gained knowledge about a case of

27. KOOPS, B.-J. Technology and the Crime Society: Rethinking Legal Protection. *TILT, Law & Technology Working Paper*. n. 10/2009. Texas: Tilburg University, 23.03.2009. p. 3-4.

28. German Federal Constitutional Court Decisions vol. 65, p. 1.

29. German Federal Constitutional Court 1 BvR 256/08, 02.03.2010, n. 218.

30. Amtsgericht Halle, Az 395 Gs 34/07, decision as of 11.03.2007.

child pornography originating in the Philippines. There, a web site had been established which offered access to child pornography after paying a fee of 79,99 US$. The prosecutor assumed that among the clients of this web site would be also German citizens. So, he requested from credit card enterprises cardholder names for which transactions of 79,99 US$ had been registered during a certain period of time. The magistrate court held that the public prosecutor was right to assume that among some 22 million cardholders in Germany there would be some who had purchased child pornography from the said web site. In fact, data mining in the data bancs of credit card enterprises produced the names of 322 credit card holders for whom a transaction of 78,99 US$ was registered. The case was brought before the Federal Constitutional Court which ruled that data mining was in line with the constitution as the investigation was directed against criminal suspects only and other cardholders would not be affected by the search profile which excluded the transfer of.[31] However, the case demonstrates the potential of comprehensive data banks and information systems for data mining and law enforcement purposes.[32]

The implementation of the European Union directive on telecommunication traffic data 24/2006 is associated with the policy of ("know your customer"). Data retention of course makes sense only if anonymous telecommunication is effectively prevented through obliging telecommunication provider to keep information needed to identify persons behind dynamic IP addresses or mobile telephone numbers.

2.3 *Investigation without a reasonable suspicion and the prevention of danger*

Another discourse deals with secret investigations launched without a reasonable suspicion but with a view to collect information on criminal networks and the environment within which a potential of serious crime is assumed to exist. The 2008 amendment of the Law on the Federal Office of Police (*Bundeskriminalamtsgesetz*) provides for a clear example of the problems attached to a law enforcement approach not based on criminal suspicion. § 20b of this law allows the collection of personal data for

31. Federal Constitutional Court, 2 BvR 1372/07, decision as of 17.02.2009.

32. PETRI, T. Auskunftsverlangen nach §161 StPO gegenüber Privaten – eine verdeckte Rasterfahndung? *Strafverteidiger* 27 (2007). p. 268; see also SCHNABEL, S. Das "Mikado-Prinzip". Die mittelbare Rasterfahndung als Mittel zur Umgehung gesetzlicher Vorschriften? *Datenschutz und Datensicherheit* 31 (2007). p. 426-430.

preventive reasons "if facts justify the assumption that an individual will commit serious (terrorist) crimes". The authorization of (secret) surveillance thus is based upon an assessment that a person will commit a crime. A parallel can be found in substantive law where recently offence statutes have been introduced which penalize attendance of a terror training camp or the uploading of information which is assessed to pursue recruitment of terrorists or to serve the preparation of terrorist violence. Both approaches, procedural and substantive, suffer from the same problem: how to determine with sufficient accuracy a risk and how to reduce the uncertainty coming with any attempt to assess the risk of rare events.

2.4 When is a danger imminent?

The discourse on the need for data to be used in preventing dangers and to strengthen law enforcement is closely associated with the assessment of threats which justify the use of secret surveillance and investigation techniques. Threat assessments are subject to problems that are linked to "low probability and high impact" crimes. Extreme violence (for example terrorist acts, serial murder etc.) is rare, but the impact, if such violence occurs, is extremely high. Decisions in this field therefore are associated with extreme political risks. If investigations are not launched then a significant political fallout will be the consequence in case an incident in fact takes place. If investigations are launched (which might affect many persons who are not presenting any risk), then material and immaterial costs are associated which cannot be justified with having prevented extreme violence.

2.5 Proportionality

Legal discourses then place the focus on proportionality of secret investigative measures. Secret investigations, for example wire taps, carry a risk for procedural rights of suspects and other persons falling under secret surveillance. The right to remain silent as well as regular "Miranda rights" and warnings evidently do not apply when secret surveillance is launched. Wire taps in general will affect a multitude of persons who are not suspects and they generate a multitude of pieces of information which may shed light on the past but also on the future, moreover such information may concern other criminal offences than the index crime for which wire taps had been authorized. Wire taps do not respect witness privileges and collect information independent of the degree of intimacy or confidentiality of personal communication. Secret surveillance measures then are "soft" measures, they are not known to those

subject to surveillance and thus do not trigger "natural" defence mechanisms. The German Federal Constitutional Court has argued that the certainty not to be placed under secret surveillance is of paramount importance for a functioning democracy because it is assumed that a permanently present risk of secret surveillance will result in citizens not making full use of their basic rights. At stake therefore is not only the individual right to privacy and general freedom but also the common interest. Secret surveillance affect the common interest as a democratic society depends on participation of its citizens.[33]

The core problem insofar concerns the proportionality of secret investigation techniques in terms of weighing law enforcement interests against individual basic rights and the interest in maintaining a properly functioning democratic society. A comparative review of criminal procedural law reveals significant variation in the implementation of the principle of proportionality. A wide range of substantive and procedural safeguards can be used to restrict secret surveillance to what is needed in a democratic society. In principle, a statutory basis must exist which authorizes law enforcement agencies to use secret investigation measures (which in turn means also that a general authorization to investigate criminal offences does not suffice. While some countries have decided to establish catalogues of (serious) criminal offences which can be subject to secret investigations, others have opted for restraints through requesting a certain minimum penalty or through a general restriction to "serious crime". Procedural safeguards concern the requirement of a judicial decision and the "last resort" principle allowing secret surveillance only if other investigation measures have either failed or would result in a disproportional burden for law enforcement agencies. Further restrictions can be established through the prohibition of extending surveillance to persons privileged because of professional confidentiality (lawyers, priests, physicians, therapists, but also member of parliaments) and through the inadmissibility of evidence not related to an index offence (for which secret investigations had been authorized). There exist differences as to whether conversations may be taped indiscriminately or whether those parts relevant for criminal investigations may be recorded (the latter bringing with it more costs). As secret

33. Federal Constitutional Court vol. 65, p. 1; see also decision of the Federal Constitutional Court, 2 BvR 1345/03 as of 22.08.2006 (IMSI Catcher); similar arguments have been raised in the decision of the United States District Court Eastern District of Michigan, Southern Division, Case n. 06-CV-10204, which dealt with the surveillance program implemented shortly after 9/11 with the aim to monitor all international communication in the US.

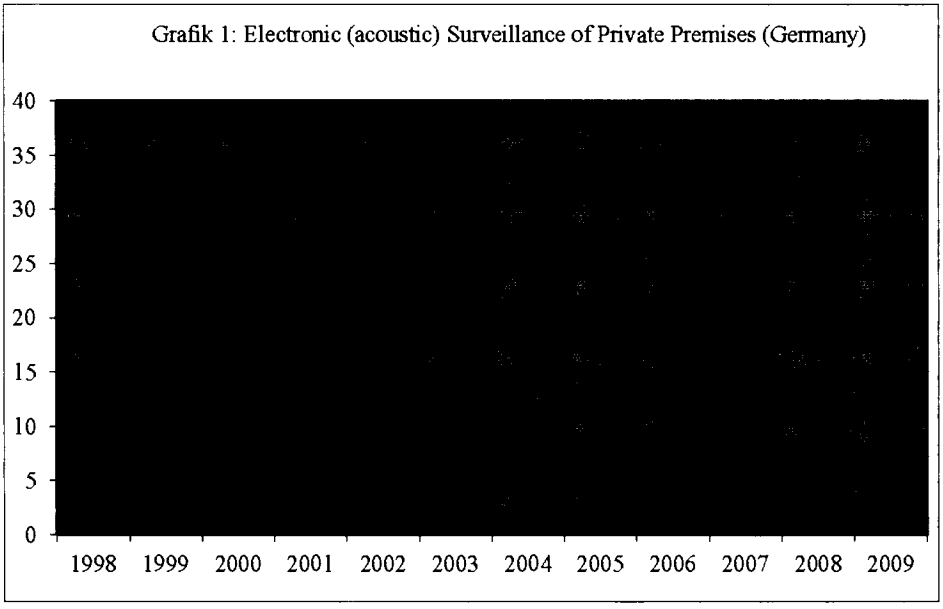
surveillance is unknown to the suspect (and other persons who are affected by the measure), a minimum standard should require that the suspect (and other persons) will be notified about secret measures which had been applied in order to allow for a judicial review procedure after the facts. German criminal procedural rules foresee that information stemming from secret investigation techniques must be deleted after a judicial decision has become final and has to be earmarked as a result of secret investigation. Another element in the implementation of the proportionality principle concerns establishment of transparency by publication of statistics which account of the practice of secret surveillance and investigations. However, the situation in Europe demonstrates significant variation in the willingness of states to publish statistics of the use of wiretaps or other secret investigation measures. Most states which publish data focus on telecommunication surveillance, but do not report on other secret investigation techniques (for example undercover agents, informants, data mining). Moreover, a trend towards requiring evaluation reports which investigate the benefits of secret measures in terms of their contribution to prevent serious crime, clearing cases and bring offenders to justice can be observed. So, for example the telecommunication traffic data retention directive 24/2006 has requested an evaluation report to be submitted 2010 in order to be able to assess the results of the use of retained data.

2.6 The core areas of basic rights (privacy and freedom)

The discussion on proportionality of secret investigation measures is strongly associated with the question of whether a core area of privacy and liberty exists which may never be penetrated by law enforcement agencies. The German Federal Constitutional Court has ruled that such a core area exists and that safeguards have to be established which assure that the core area is not infringed upon through secret investigation measures. However, the Federal Constitutional Court in principle acknowledges the necessity of secret investigation techniques. But, in a series of decisions the Federal Constitutional Court has dealt with the questions of the limits of secret investigation and has set more restrictive conditions.[34] In particular, the court ruled that a complete and all around surveillance is not tolerable; electronic surveillance of private

34. Decisions of the Federal Constitutional Court vol. 109, p. 279; Federal Constitutional Court, Neue Juristische Wochenschrift 2005, p. 2603; Decisions of the Federal Constitutional Court vol. 100, p. 313; 109, p. 279; 2 BvR 581/01 as of 12.04.2005; Federal Constitutional Court 1 BvR 256/08, 03.02.2010.

premises and wire taps may not invade the core area of privacy.[35] Protection of the core of privacy must be implemented also through interrupting surveillance as soon as conversations concern most intimate issues. Capability to interrupt surveillance can be ascertained only if surveillance is carried out not automatically but under the supervision of police officers. This request increases the costs of surveillance significantly.[36] Several landmark decisions in the field of secret surveillance have initiated a reform process which resulted in cutting back the possibilities of secret surveillance. This can be demonstrated in the development of electronic surveillance of private premises. Immediately after the Federal Constitutional Courts decision on the absolute protection of the core area of privacy in 2004, the number of cases where such surveillance was implemented dropped significantly (see graph 1).



Source: Reports of the Federal Government on Electronic Surveillance According to art. 13 IV, 1 Basic Law (Grundgesetz).

35. Federal Constitutional Court, decision as of 11.05.2007, 2 BvR 543/06; Federal Constitutional Court Neue Juristische Wochenschrift 2005, p. 2603.

36. BALDUS, M. Überwachungsrecht unter Novellierungsdruck. Zu den legislativen Auswirkungen des Verfassungsgerichtsurteils zum "Großen Lauschangriff". In: SCHAAR, P. (ed.). *Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung: Staatliche Eingriffsbefugnisse auf dem Prüfstand*. Bonn, 2004. p. 9-27.

In particular law enforcement agencies voiced critic with respect to the restrictions placed on secret surveillance.[37] Up to now only little is known about how the protection of the core of privacy is implemented in practice.[38]

2.7 Public acceptance and legitimacy of secret surveillance

Secret surveillance and investigation techniques are then discussed in the context of public trust in the state and state institutions. In this respect it is argued that public opinion surveys provide for evidence that the public accepts secret surveillance as well as general surveillance of the public space ("someone to watch over me").[39] Acceptance, however, declines significantly if surveillance aims at the immediate environment of citizens as well as at intimate areas. But, not much is known about how trust in public institutions (including law enforcement) as a basic condition of democratic societies is related to the states capacity and practices of interfering with individual privacy.

2.8 The private sector and mandatory participation in combating crime

Particular attention has been paid to the question of whether telecommunication providers may be obliged to implement and maintain technology which allows interception of communication at the request of law enforcement agencies. In this respect, it is especially the question of costs resulting from providing technology and manpower fort the purpose of law enforcement. In Europe (and elsewhere), the states have rather opted to let telecommunication providers bear the costs for implementing

---

37. GRAF, S.; THIEDE, F; MERKEL, C.; WINKLER, S. Agnes. *Auswirkungen gesetzlicher Neuregelungen auf die Ermittlungspraxis der Strafverfolgungsbehörden*. Wiesbaden: Abschlussbericht, 2008. p. 30-48.

38. See in this respect Bundestags-Drucksache 16/12081 16. Wahlperiode 02.03.2009. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Gisela Piltz, Sabine Leutheusser- Schnarrenberger, Dr. Max Stadler, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – Drucksache 16/11945 – Kernbereichsschutz bei technischen Überwachungsmaßnahmen.

39. SAETNAN, A. R.; DAHL, J. Y.; LOMELL, H. M. Views From Under Surveillance. Public Opinion in a Closely Watched Area in Oslo. Oslo: Norvegian Centre for Human Rights, 2004. p. 19.

the general capacity for interception while only costs of individual cases of interceptions are reimbursed. In general however, an obligation to bear the costs for implementing capacity for interception could be justified only if it could be assumed that telecommunication carries a particular risk of contributing to (serious) crime. Such a risk is difficult to establish as many technologies and service providers (involuntarily) contribute to crime. Telecommunication provider enable communication over a distance, but do not increase the risk of serious crime in any significant way. European Constitutional Courts have in fact ruled that there should be a reasonable distribution of costs incurred through telecommunication surveillance and that telecommunication providers may not be forced to bear the costs alone.[40] The private sector is of course interested in complete reimbursement of costs caused by surveillance and argue on the basis of the fundamental right to property (enshrined in constitutions and international human rights instruments) and with respect to distortions in conditions of competition due to differing legal frameworks in the European Union. Similar concerns had been raised with respect to significant variation in legal obligations to monitor money laundering in financial institutions.[41] Estimates on costs associated with the implementation and maintenance of technology suited to intercept communication vary largely, ranging from significant amounts[42] down to neglectible investments.[43]

40. Austrian Constitutional Court, decision as of 27.02.2003, Az. G37/02, p. 2; French Constitutional Court, decision n. 2000-441, DC as of 28.12.2000.

41. PricewaterhouseCoopers: Anti-Money Laundering Current Customer Review Cost Benefit Analysis. London: Financial Services Authority, 2003; REUTER, P.; TRUMAN, E. M. *Chasing Dirty Money. The fight against money laundering.* Washington D.C: Institute for International Economics, 2004.; YEANDLE, M.; MAINELLI, M.; BERENDT, A.; HEALY, B. Anti-Money Laundering Requirements: Costs, Benefits and Perceptions. London: Corporation of London, 2005.

42. NUNO ALVARO, A. *Entwurf eines Rahmenbeschlusses über die Vorratsspeicherung von Daten, die in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlicher elektronischer Kommunikationsdienste verarbeitet und aufbewahrt werden, oder von Daten, die in öffentlichen Kommunikationsnetzen vorhanden sind, für die Zwecke der Vorbeugung, Untersuchung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten, einschließlich Terrorismus.* Committee for civil liberties, justice and security. European Parliament, January 21, 2005.

43. KPMG Informatie Risk Management. Onderzoek naar de opslag van historische verkeersgegevens van telecommunicatieaanbieders. Amstelveen: KPMG, nov. 2004; Extended Impact Assessment, {COM(2005) 438 final}, Brussels, 21.09.2005.

2.9 Combining investigative techniques: secret investigation, deception and procedural fairness

Sometimes, deception is added to secret investigation techniques sometimes. This results in challenges for procedural fairness and the question of whether evidence obtained in this way should be admissible in a trial. So, for example conversations of pretrial detainees (either in the cell or in visitor rooms) might be monitored and taped. Or, a suspect might be triggered into a conversation with another person unaware of police listening to the conversation. An undercover police officer can carry out covert interrogation, leaving the suspect unaware of disclosing relevant information to law enforcement. Also, "buy and bust" operations carried out by undercover police or informants combine deception with secret investigation. Such strategies have been developed especially in the investigation of drug trafficking.[44] It is therefore not surprising that the debate on procedural fairness dates back to the 1970s. Since that time, cases of deceptive and secret methods of investigation have been brought before Supreme Courts and the European Court on Human Rights.[45] The questions raised concern the principle of "nemo tenetur" as well as procedural fairness and the limits following from these standards for the application of secret and deceptive methods. Constitutional courts in Europe as well as the European Court on Human Rights have ruled that law enforcement agencies in face of particular investigation problems coming with new forms of (organized) crime have a legitimate interest in using deceptive and secret methods for obtaining information and evidence.[46] However, in particular the European Court on Human Rights has placed such investigative techniques under a set of restrictions which (in the case of "buy and bust" through undercover police) concern the degree of suspicion, the seriousness of the alleged criminal offence, the extent of investigation problems, the crime proneness of the suspect as well as the degree of influence exerted by undercover police.[47]

---

44. See EBERTH, A.; MÜLLER, E.; SCHÜTRUMPF, M. *Verteidigung in Betäubungsmittelsachen*. 5. ed. Heidelberg: The Lawbook Exchange, 2008. p. 190.

45. See for example European Court on Human Rights, Bykov vs. Russia (application n. 4378/02), judgement as of 10.03.2009.

46. Federal Constitutional Court, Strafverteidiger 1985, p. 17; European Court on Human Rights, decision as of 05.02.2008, 74420/01, Neue Juristische Wochenschrift 2009, p. 3565.

47. See EBERTH, A.; MÜLLER, E.; SCHÜTRUMPF, M. Op. cit., p. 194.

3. EMPIRICAL RESEARCH ON SECRET INVESTIGATION MEASURES

Despite the widely voiced demand for evaluation studies in the field of secret investigation measures empirical research is merely available.[48] Research has dealt with undercover policing, also in a comparative perspective;[49] however, this type of research is not focused on systematically collecting data on practices and results. Another line of research emphasizes the relationship between punishment and surveillance, in particular on the basis of theoretical assumptions put forward by Foucault. This type of research is theoretical and qualitative and is evidently not interested in systematic collection of quantitative data either. However, since 9/11 scientific interest in studies on the implementation of surveillance technologies and the evaluation of secret surveillance has considerably increased.[50] This is partially also due to legislative bodies and constitutional courts requesting evaluation of newly introduced police powers of surveillance. The demand for evaluation is based on the conviction that empirical research is needed in order to guide legislators in adjusting powers of secret surveillance to necessity and proportionality. Research has extensively dealt with CCTV surveillance of public space[51] as well as with electronic monitoring.[52] But, in particular telecommunication surveillance is still under-researched. At the Max-Planck-Institute for Foreign and International Criminal Law the research program has been focused now on the study of surveillance in the context of law enforcement. Studies have been carried out with respect to interception of telecommunication,[53] with

48. ALBRECHT, H.-J. *Rechtstatsachenforschung zum Strafverfahren – Empirische Untersuchungen zu Fragestellungen des Strafverfahrens zwischen 1990 und 2003.* Neuwied: Luchterhand, 2005.

49. See for example FIJNAUT C.; MARX G. T. (eds.). *Undercover: Police Surveillance in Comparative Perspective.* The Hague/Boston: Kluwer Law International, 1995.

50. MARX, G. T. Seeing Hazily (But Not Darkly) Through the Lens: Some Recent Empirical Studies of Surveillance Technologies. *Law & Social Inquiry*. Chicago: University of Chicago, 2006. p. 339-399.

51. BRANDON, C. W.; FARRINGTON, D. P. Effects of Closed-Circuit Television on Crime. *Annals 587*. London: Canadian Police College, 2003. p. 110-135.

52. MAYER, M.; HAVERKAMP, R.; LÉVY, R. (eds.). *Will Electronic Monitoring have a Future in Europe?* Freiburg: Max Planck Institute, 2003.

53. ALBRECHT, H.-J.; DORSCH, C.; KRÜPE, C. *Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen.* Freiburg: Der Große Lauschangriff, 2003.

electronic surveillance of private premises,[54] data mining[55] and the retrieval of telecommunication traffic data.[56] Most recently, a study has been carried out aiming at evaluating retention of telecommunication traffic data and its consequences for clearing serious crime.[57] Other studies approach the use of secret methods of surveillance by focusing on special types of crime like organized crime or human trafficking.[58] Such types of crime have been of particular relevance in justifying the introduction of secret methods of investigation.

The creation and implementation of the telecommunication traffic data retention directive 24/2006 can serve as an example for the obvious need for empirical research preceding the creation of procedural rules and police powers. In the preparatory work of the commission dealing with telecommunication data retention essentially reports prepared by national police bodies and governments played a role. Besides such reports, a small scale study has been carried out in the Netherlands which – on the basis of an analysis of 65 court cases – made an attempt to assess the use and the results of retrieving telecommunication traffic data.[59] The study shows that in all these 65 cases police obtained requested traffic data. Evidently retention practices of telecommunication providers for commercial purposes back then did suffice to satisfy the need of traffic data for law enforcement purposes. But, telecommunication technology advances rapidly and the capture of a short moment certainly is not a sufficient basis for the assessment of the necessity of

54. MEYER-WIECK, H. *Der Große Lauschangriff* – Eine empirische Untersuchung zu Anwendung und Folgen § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO. Berlin: Lauschangriff, 2005.

55. PEHL, D. Op. cit.

56. ALBRECHT, H.-J.; GRAFE, A.; KILCHLING, M. *Rechtswirklichkeit der Auskunftserteilung über Telekommunikationsverbindungsdaten nach §§ 100g, 100h StPO*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.

57. ALBRECHT, H.-J.; KILCHLING, M. *Schutzlücken durch Wegfall der Vorratsdatenspeicherung?* Freiburg: Der Große Lauschangriff, 2011.

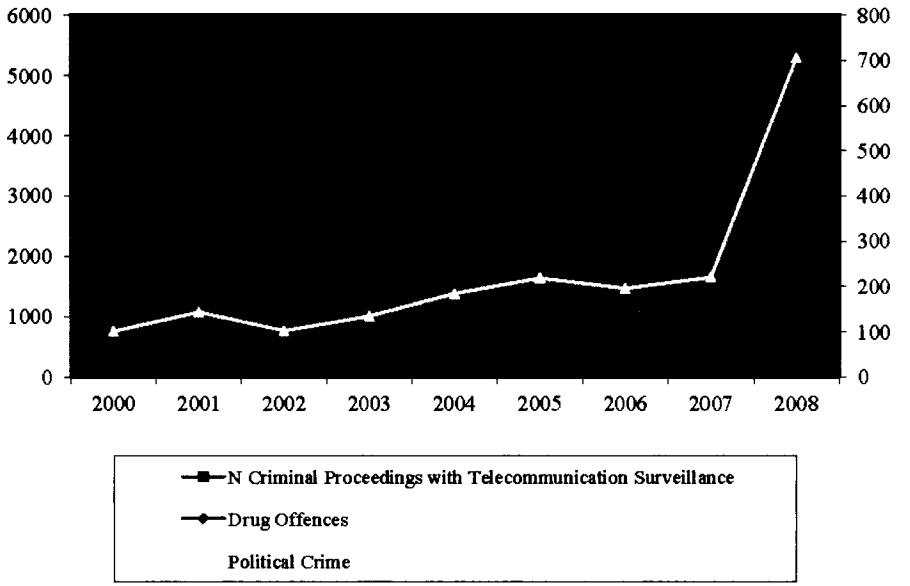
58. KINZIG, J. *Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004; FIJNAUT, C.; PAOLI, L. (eds.). *Organised Crime in Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*. Dordrecht: Springer, 2004; HERZ, A. L. Menschenhandel – *Eine empirische Untersuchung zur Strafverfolgungspraxis*. Freiburg: Duncker and Humblot, 2006.

59. Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Erasmus Universiteit Rotterdam. Wie wat bewaart die heeft wat. Onderzoek naar nut en noodzaak van een bewaarverplichting voor historische verkeersgegevens van telekommunicatieverkeer. Rotterdam, 2005.

complete traffic data retention under conditions of prepaid and flat rate based use of telecommunication.

The studies carried out at the Max-Planck-Institute Freiburg with respect to secret investigation methods point first of all to a wide and increasing use of telecommunication (content) surveillance in criminal investigations. Electronic surveillance of private premises and data mining based on criminal procedural law are rarely implemented. Between 1992 (when data mining was introduced in the German criminal procedure code) and 2005 only 30 cases have been identified where data mining was authorized. Electronic surveillance of private premises (introduced 1998) has been authorized in some 30 cases annually until 2004, when the Federal Constitutional Court placed additional restrictions on this type of secret investigation. The increase in telecommunication surveillance, on display in graph 2, certainly reflects the dramatic increase in mobile telecommunication devices. However, retrieval of telecommunication traffic data seems to increase at an even faster pace than telecommunication content surveillance.

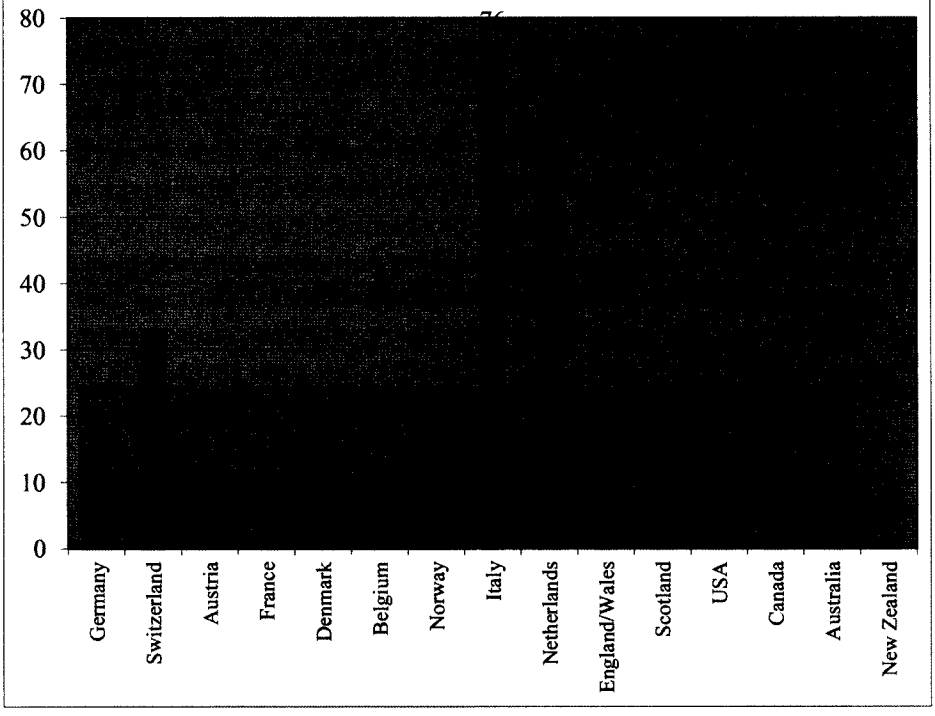
Graph 2: Telecommunication Surveillance 2000-2008



Source: Federal Office of Justice, Annual Reports on Telecommunication Surveillance.

The distribution of telecommunication surveillance shows that the bulk of authorizations takes place in criminal investigation of drug offences. This corresponds to international findings on the use of wire taps. Comparative studies on the use of wire taps and retrieval of telecommunication traffic data demonstrate large variation and point to the evident differences in implementing proportionality (and in particular the last resort principle).

Graph 3: Authorization of Wire Taps in Different Countries (per 100.000 of the population)



Source: ALBRECHT, H.-J.; DORSCH, C.; KRÜPE, C. Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen. Freiburg, 2003.

Although national statistics on wire taps are based on different definitions and reflect particulars of the normative basis of wire taps it can be noted that variation is significant and cannot be explained by differences in serious crime rates.

The evaluation report of the European Commission on the use of telecommunication traffic data after implementing traffic data retention, published in April 2011,[60] demonstrates also huge variation between the member countries of the European Union. Differences in counting procedures and differences in the definition of traffic data might contribute to variation. But, it is obvious that despite the acceptance of the same principles and normative standards different practices emerge. Proportionality tests and the balancing of security and privacy evidently result in different conclusions.

Determining the effects of secret investigation methods (in particular their impact on clearing crimes) is faced with the problem of establishing a causal relationship between the application of, for example, wire taps and the outcome of criminal proceedings in terms of successful prosecution. As controlled experiments cannot be carried out, assessment of effects has to be based on the analysis of correlations and ratings of the relative contribution of various methods of investigation. When looking at the outcomes of criminal proceedings during which telecommunication surveillance had been applied, the results are rather modest.[61] Also, data mining and electronic surveillance of private premises in most cases do not result in successful prosecutions.[62] Out of 30 cases where data mining (Rasterfahndung) had been authorized 25 do not lead to results which contributed to clearing the case. In the field of eavesdropping or electronic surveillance of private premises technical problems prevent successful implementation in many cases.[63] Approximately half of the cases where telecommunication surveillance was applied did not result in indictments but were dismissed. Information coming from wire taps in a majority of cases does not lead to evidence against a suspect investigated but to new suspects and to criminal offences until then not known to police. In the trial, evidence based on telecommunication surveillance evidently does not play a significant role. This may be explained by significant costs coming with translating weeks and months of taped conversations as well as the impact the

60. Report From the Commission to the Council and the European Parliament: Evaluation Report on the Data Retention Directive (Directive 2006/24/EC), Brüssel, 18.04.2011, COM (2011) 225 final.

61. ALBRECHT, H.-J.; DORSCH, C.; KRÜPE, C. Op. cit., p. 364.

62. MEYER-WIECK, H. Op. cit., p. 279; PEHL, D. Op. cit., p. 236.

63. "Protection of basic rights through technical problems", MEYER-WIECK, H. Op. cit., p. 322.

information from successful wire taps has on the readiness to confess or to agree with plea- and sentence bargaining.

Research then has shown that particular problems arise out of deficits in judicial oversight. The data that are available demonstrate that under current conditions judicial supervision and control of secret investigation do not take place. The main reasons lie in the problem that the judiciary is not in a position to make adequate judgments about the necessity to launch covert investigative methods, to assess the depth of penetration of privacy needed to generate necessary information and that judicial resources are too limited to control thoroughly covert investigative methods. The law enforcement policies that are implemented are policies initiated by police and public prosecution services. Insofar not only the role of the investigative judge must be strengthened (which essentially is dependent on the extent of resources vested in judicial control) but a combination of ex ante and post facto legal and political controls must be implemented effectively in order to ensure accountability with respect to the use of secret investigative methods.

Telecommunication surveillance and data mining result in extensive numbers of persons falling into the reach of surveillance. When wire taps are applied some 1400 conversations (and individuals involved) are registered on the average. The request of traffic data for a defined geographical location results in an average of 300 individuals present in that location and with that possibly subject to further police investigations.

4. THEORIZING SECRET SURVEILLANCE

Covert and secret investigation methods may be considered to be part of a new form of social control[64] and analyzed within the framework of criminological theories of criminal law based social control. This new form of social control makes hidden areas of the reality of human behavior visible on the basis of new information technologies and proactive forms of investigation. This reality partially is created through new communication technologies. Secret investigative techniques shed light on parts of social life which remained hidden in face of conventional criminal investigations. The technological elements of secret investigation measures may be considered to be re-enforcement and rationalization of criminal investigation. Such techniques

64. MARX, G. T. *Undercover: Police Surveillance in America*. Berkely: University of California Press, 1988. p. 206.

are "soft" as they escape the attention of those falling under surveillance and demand therefore for answers to the question of how such techniques may be reconciled with democratic and rule of law standards.[65] The general evaluation of secret investigation measures has changed during the last decades. While comprehensive data banks operated by police and security agencies as well as secret surveillance had once been judged to be a characteristic element of authoritarian and repressive political regimes, such investigative practices today are hailed by politicians as indispensable in combating serious forms of crime in democratic societies. In particular, counter-terrorism policies build on secret and covert access to information through a wide and systematic use of informants who are supposed to channel information on suspicious activities and individuals to police. Shortly after 9/11 the American government has suggested to introduce a "Terrorism Information and Prevention System (Tips)" aimed at systematically collecting information in selected professional groups.[66] Due to heavy criticism "Tips" was not implemented, but it certainly demonstrates a significant potential to undermine trust in society or subgroups of society. Secret surveillance comes with a significant potential of conflict if it is based on ethnic or religious profiles.

On the basis of Foucault's perspective of the modern prison which is considered to be a physical panopticon implementing regimes of discipline, electronic forms of surveillance today sometimes are understood as digital panopticons. The possibility of the state to access those personal data which are generated through various ways according to these assumptions is a main vehicle for encouraging self control.[67] Self control follows from the knowledge that acts and movements may be observed and may result in the detection of criminal acts (down- and uploading illicit material etc.). Whether such self control in fact is produced or avoidance and whether instead adjustment strategies are the consequence is not known. However, public opinion surveys on attitudes towards retention of telecommunication traffic data show

65. ROSS, J. E. The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany. *The American Journal of Comparative Law*. vol. 55. p. 493-579. University of California at Berkeley, 2007.

66. STANLEY J. *The Surveillance-Industrial Complex: How the American Government Is Conscripting Businesses and Individuals in the Construction of a Surveillance Society*. New York: American Civil Liberties Union, 2004. p. 3.

67. VENTURA, H. E.; MILLER, J. M.; DEFLEM, M. Governmentality and the War on Terror: FBI Project Carnivore and the Diffusion of Disciplinary Power. *Critical Criminology* 13 (2005). p. 55-70.

that a considerable share of the public will rather change their patterns of communication than continue to produce electronic traces.[68]

5. SUMMARY AND CONCLUSIONS

Secret surveillance techniques have been developed for the investigation of so called transaction crime. Such techniques gained momentum after 9/11 and the proliferation of counter terrorism strategies. Transaction crime like drug trafficking are characterized through the absence of crime victims and witnesses who would provide for information on criminal offences and possible suspects. Normative restraints placed on open investigation techniques contribute to the resort to secret (and proactive) investigation measures. Secret investigation measures point to various political, legal and theoretical discourses among which balancing of security and privacy as well as proportionality issues stand out. Secret investigation measures overlap with surveillance based on telecommunication technology as well as deceptive tactics. Wire taps, retrieval of telecommunication traffic data and retention of traffic data for the purpose of criminal investigations play a key role in debates on how much access the state should have to personal data generated in the private sector. In Germany, the course of legislation on the criminal procedure since the 1970s points to the widening of law enforcement powers in the field of secret investigation measures. However, the Federal Constitutional Court has cut back these powers and insisting on strict proportionality and the doctrine that the core of privacy (and the right to liberty) may not be infringed upon. Secret investigative measures express also a trend towards convergence of repression and prevention. Secret investigations are proactive and serve at the same time to enforce criminal law and to provide for security through preventing dangers. With that, the borderlines between law enforcement, public order police and intelligence services became blurred as are blurred the lines between concrete investigation measures and general surveillance. Criminological and socio-legal research on secret investigation and surveillance is only beginning to be implemented. While secret investigation tools like wire taps and retrieval

68. FORSA. *Meinungen der Bundesbürger zur Vorratsdatenspeicherung*. 27. bis 28. mai 2008. [www.forsa.de/]. The survey shows that approximately 10% of the interviewees avoided telecommunication if they assumed traffic data would be retained. Half of the respondents declared they would (after implementation of traffic data retention) initiate contacts to certain institutions (drug counseling etc.) not through mobile phones or the internet but through other channels.

of traffic data are increasingly and widely applied, data mining and electronic surveillance of private premises (in Germany) are rarely used. This reflects not only differences in legal requirements but also a sometimes symbolic character of procedural law reforms which widen the scope of secret investigations.

6. LITERATURE

ALBRECHT, H.-J. *Rechtstatsachenforschung zum Strafverfahren – Empirische Untersuchungen zu Fragestellungen des Strafverfahrens zwischen 1990 und 2003*. Neuwied: Luchterhand, 2005.

_____; DORSCH, C.; KRÜPE, C. *Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen*. Freiburg: Der Große Lauschangriff, 2003.

_____; GRAFE, A.; KILCHLING, M. *Rechtswirklichkeit der Auskunftserteilung über Telekommunikationsverbindungsdaten nach §§ 100g, 100h StPO*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.

_____; KILCHLING, M. *Schutzlücken durch Wegfall der Vorratsdatenspeicherung?* Freiburg: Der Große Lauschangriff, 2011.

BACIGALUPO, E. The Use of Technical Means in Interception and Surveillance of Private Communications. In: MILITELLO, V.; HUBER, B. (eds.). *Towards a European Criminal Law Against Organised Crime – Proposals and Summaries of the Joint European Project to Counter Organised Crime*. Freiburg: Iuscrim, 2001. p. 131-142.

BALDUS, M. Überwachungsrecht unter Novellierungsdruck. Zu den legislativen Auswirkungen des Verfassungsgerichtsurteils zum "Großen Lauschangriff". In: SCHAAR, P. (ed.). *Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung: Staatliche Eingriffsbefugnisse auf dem Prüfstand*. Bonn, 2004. p. 9-27.

BRANDON, C. W.; FARRINGTON, D. P. Effects of Closed-Circuit Television on Crime. *Annals 587*. London: Canadian Police College, 2003. p. 110-135.

Commission Nationale de l'Informatique et des Libertes: 21e Rapport d'Activite 2000. Paris, 2001.

Communication from the Commission to the Council and the European Parliament: On an EU Drugs Action Plan 2009-2012. Report on the Final Evaluation of the EU Drugs Action Plan. Brussels, 18.09. 2008, SEC (2008) 2456.

Conseil de l'Europe, Comité des Ministres: Expose des Motifs. Recommandation Rec(1996)8 sur politique criminelle et droit pénal dans une Europe en transformation (adoptée par le Comité des Ministres le 5 septembre 1996, lors de la 572e réunion des Délégués des Ministres).

Council Conclusions of 19 December 2002 on information technology and the investigation and prosecution of organised crime.

Council of Europe Recommendation R(95) 13 Concerning Problems of Criminal Procedure Law Connected with Information Technology.

Council Resolution 17. Januar 1995 on the lawful interception of telecommunication. *Official Journal of the European Communities* 4. November 1996.

EBERTH, A.; MÜLLER, E.; SCHÜTRUMPF, M. *Verteidigung in Betäubungsmittelsachen*. 5. ed. Heidelberg: The Lawbook Exchange, 2008.

ELLIOT, C. The legality of the interception of electronic communications: a concise survey of the principal legal issues and instruments under International. *European and National Law*. Luxembourg: European Parliament, Directorate General for Research, 1999.

Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Erasmus Universiteit Rotterdam. Wie wat bewaart die heeft wat. Onderzoek naar nut en noodzaak van een bewaarverplichting voor historische verkeersgegevens van telekommunicatieverkeer. Rotterdam, 2005.

FIJNAUT C.; MARX G. T. (eds.). *Undercover: Police Surveillance in Comparative Perspective*. The Hague/Boston: Kluwer Law International, 1995.

_____; PAOLI, L. (eds.). *Organised Crime in Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*. Dordrecht: Springer, 2004.

FORSA. Meinungen der Bundesbürger zur Vorratsdatenspeicherung. 27. bis 28. mai 2008. [www.forsa.de/].

GRAF, S.; THIEDE, F.; MERKEL, C.; WINKLER, S. Agnes. *Auswirkungen gesetzlicher Neuregelungen auf die Ermittlungspraxis der Strafverfolgungsbehörden*. Wiesbaden: Abschlussbericht, 2008.

HASSEMER, W. *Sicherheit durch Strafrecht*. Hamburg: HRRS, 2006.

HERZ, A. L. Menschenhandel – *Eine empirische Untersuchung zur Strafverfolgungspraxis*. Freiburg: Duncker and Humblot, 2006.

HOOGENBOOM, B. Sun Tzu goes electronic. The changing nature of proactive methods in (criminal) intelligence. In: FIELD, S.; PELSER, C. (eds.). *Invading the Private. State Accountability and New Investigative Methods in Europe*. Aldershot: Dartmouth, 1998. p. 163-179.

KINZIG, J. *Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

KOOPS, B.-J. Technology and the Crime Society: Rethinking Legal Protection. *TILT, Law & Technology Working Paper*. n. 10/2009. Texas: Tilburg University, 23.03.2009.

KPMG Informatie Risk Management. *Onderzoek naar de opslag van historische verkeersgegevens van telecommunicatieaanbieders*. Amstelveen: KPMG, nov. 2004.

KRAUSS, D. Menschenrechte zwischen Freiheit und Sicherheit. In: SESSAR, K. (ed.). *Herrschaft und Verbrechen. Kontrolle der Gesellschaft durch Kriminalisierung und Exklusion*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.

MARX, G. T. Seeing Hazily (But Not Darkly) Through the Lens: Some Recent Empirical Studies of Surveillance Technologies. *Law & Social Inquiry*. Chicago: University of Chicago, 2006.

_____. *Undercover: Police Surveillance in America*. Berkely: University of California Press, 1988.

MAYER, M.; HAVERKAMP, R.; LÉVY, R. (eds.). *Will Electronic Monitoring have a Future in Europe?* Freiburg: Max Planck Institute, 2003.

MEYER-WIECK, H. *Der Große Lauschangriff* – Eine empirische Untersuchung zu Anwendung und Folgen § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO. Berlin: Lauschangriff, 2005.

NUNO ALVARO, A. *Entwurf eines Rahmenbeschlusses über die Vorratsspeicherung von Daten, die in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlicher elektronischer Kommunikationsdienste verarbeitet und aufbewahrt werden, oder von Daten, die in öffentlichen Kommunikationsnetzen vorhanden sind, für die Zwecke der Vorbeugung, Untersuchung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten, einschließlich Terrorismus*. Committee for civil liberties, justice and security. European Parliament, January 21, 2005.

PEHL, D. *Die Implementation der Rasterfahndung – Eine empirische Untersuchung der gesetzlichen Regelungen zur operativen Informationserhebung durch Rasterfahndung*. Freiburg: Duncker & Humblot Buch, 2008.

PETRI, T. Auskunftsverlangen nach §161 StPO gegenüber Privaten – Eine verdeckte Rasterfahndung? *Strafverteidiger* 27 (2007). p. 266-269.

PITSCHAS, R. (ed.). *Kriminalprävention und 'Neues Polizeirecht'. Zum Strukturwandel des Verwaltungsrechts in der Risikogesellschaft*. Berlin: Duncker & Humblot Buch, 2002.

PricewaterhouseCoopers: *Anti-Money Laundering Current Customer Review Cost Benefit Analysis*. London: Financial Services Authority, 2003.

Report From the Commission to the Council and the European Parliament: Evaluation Report on the Data Retention Directive (Directive 2006/24/EC), Brüssel, 18.04.2011, COM (2011) 225 final.

REUTER, P.; TRAUTMANN, F. *Report on Global Illicit Drugs Markets 1998-2007*. Bruxelles: European Communities, 2009.

_____; TRUMAN, E. M. *Chasing Dirty Money. The Fight Against Money Laundering*. Washington: Institute for International Economics, 2004.

ROSS, J. E. The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany. *The American Journal of Comparative Law*. vol. 55. p. 493-579. University of California at Berkeley, 2007.

_____. Undercover Policing and the Shifting Terms of Scholarly Debate: The United States and Europe in Counterpoint. *Law and Social Sciences*. vol. 4. p. 239-273. California: Annual Review, 2008.

SAETNAN, A. R.; DAHL, J. Y.; LOMELL, H. M. *Views From Under Surveillance. Public Opinion in a Closely Watched Area in Oslo*. Oslo: Norvegian Centre for Human Rights, 2004.

SCHNABEL, S. Das "Mikado-Prinzip". Die mittelbare Rasterfahndung als Mittel zur Umgehung gesetzlicher Vorschriften? *Datenschutz und Datensicherheit*. 31 (2007). p. 426-430.

STANLEY J. *The Surveillance-Industrial Complex: How the American Government Is Conscripting Businesses and Individuals in the Construction of a Surveillance Society*. New York: American Civil Liberties Union, 2004.

TAK, P. *Heimelijke opsporing in de Eurpoese Unie*. Antwerpen: Intersentia, 2000.

The Future Group: Freedom, Security, Privacy – European Home Affairs in an open world. Brussels, 2008.

VENTURA, H. E.; MILLER, J. M.; DEFLEM, M. Governmentality and the War on Terror: FBI Project Carnivore and the Diffusion of Disciplinary Power. *Critical Criminology* 13 (2005). p. 55-70.

YEANDLE, M.; MAINELLI, M.; BERENDT, A.; HEALY, B. *Anti-Money Laundering Requirements: Costs, Benefits and Perceptions*. London: Corporation of London, 2005.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A infiltração de agentes no Brasil e na Espanha possibilidade de reformulação do sistema brasileiro com base no direito espanhol, de Mariângela Tomé Lopes – *RBCCrim* 89/494;
- Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas), de Flávio Cardoso Pereira – *RCP* 6/199;
- Repressão nos Estados Unidos após o ataque de 11 de setembro, de Paul Chevigny – *RBCCrim* 47/386;
- O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado, de Antonio Scarance Fernandes – *RBCCrim* 70/229; e
- Prevenir o crime organizado: inteligência policial, democracia e difusão do conhecimento, de Rodrigo Carneiro Gomes – *RT* 885/446.

- *Interceptação telefônica – Lei 9.296, de 24.07.96*, de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, São Paulo, Ed. RT, 1997.

Veja também Legislação

- Meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas: Lei 9.034/1995;
- Regulamentação do art. 5.º, XII, da CF/1988, sobre interceptação de comunicações telefônicas: Lei 9.296/1996.

56486

ATUALIDADE E IMPORTÂNCIA DO *HABEAS CORPUS* NO BRASIL

2

NINO OLIVEIRA TOLDO

Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela Unesp. Especialista em Direito Processual Civil pela UnB. Juiz Federal, Titular da 10.ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Penal; Constitucional

RESUMO: O presente artigo trata da atualidade e da importância do *habeas corpus* no Brasil, tendo uma visão crítica quanto ao seu uso excessivo, que se tem notado pela quantidade de *habeas corpus* impetrados especialmente nas cortes superiores.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucional – Processual penal – Direito de locomoção – *Habeas corpus* – Uso excessivo.

ABSTRACT: This article deals with the timeliness and importance of the *habeas corpus* in Brazil, from a critical point of view due to its excessive use, which has been noted by the quantity of *habeas corpus* pleaded especially in the superior courts.

KEYWORDS: Constitutional – Criminal procedural law – Right of mobility – *Habeas corpus* – Excessive use.

SUMÁRIO: 1. Introdução, considerações gerais e históricas – 2. Natureza do *habeas corpus* – 3. A reforma processual penal – 4. Crítica ao uso excessivo do *habeas corpus* – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO, CONSIDERAÇÕES GERAIS E HISTÓRICAS

O *habeas corpus* é o grande instrumento de tutela do direito de locomoção. Tem fundamento constitucional, integrando o rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, cujo art. 5.º, LXVIII, estabelece: "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado

de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

Historicamente, tem sua origem na Inglaterra, conforme narra Pontes de Miranda, em sua célebre obra sobre o *habeas corpus*,[1] no que é seguido pela maior parte da doutrina brasileira. Todavia, Aury Lopes Jr., ao fazer uma releitura histórica do instituto, afirma que sua origem não está no *Habeas Corpus Act*, de 1679 na Inglaterra, mas num antecedente mais antigo e praticamente ignorado pela doutrina brasileira: *La Manifestación de Personas de la Corona de Aragon* na Espanha.[2]

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, a propósito da origem do instituto, afirmam que "[c]onstitui tarefa difícil estabelecer, com precisão, a genealogia do *habeas corpus*, tantos são os remédios encontráveis ao longo da história para a garantia do direito do homem à liberdade. Há quem apresente, como longínquo antecedente, o *interdictum homine libero exhibendo* do direito romano, da mesma forma como se afirma, na literatura mais apegada à tradição ibérica, que o instituto deriva do procedimento de *manifestación de personas* aragonês, ou da *carta de seguro* do antigo direito lusitano". "Entretanto", continuam esses autores, "parece mais correto – e também mais apropriado aos objetivos deste estudo – acompanhar a evolução do remédio na prática judicial inglesa, a partir do século XIII, pois aí, efetivamente, começam a esboçar-se, com maior nitidez, os contornos essenciais desse excepcional instrumento de tutela da liberdade".[3]

Qualquer que seja a origem do *habeas corpus*, no entanto, o fato é que o instituto nasceu como resposta ao arbítrio. Nas palavras de Pinto Ferreira, "[o] *habeas corpus* nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio. Assinala o momento inicial do liberalismo, que as tendências do neoliberalismo acentuam".[4]

Com efeito, o *habeas corpus* tem por escopo garantir a liberdade física do indivíduo, liberdade essa que é a primeira a ser menosprezada nos momentos

---

1. *História e prática do* habeas corpus. 2. ed. atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2003. t. I, p. 43-119.
2. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. vol. II, p. 647-651.
3. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 4. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004). São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 344.
4. *Teoria e prática do* habeas corpus. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 3.

de arbítrio das ditaduras, marcados pela violência contra os cidadãos. Assim, o *habeas corpus* destaca-se pela sua finalidade específica, que é a garantia do direito de locomoção, do direito de ir e vir. Para Pinto Ferreira, "[a] importância do *habeas corpus* reside justamente na finalidade específica de proteção da liberdade física, uma vez que a outros direitos as leis e a Constituição dos países civilizados dão amparo, tornando-se famosos neste tocante o mandado de segurança, a ação popular, os *writs* diversos, as ações possessórias".[5]

No Brasil, o *habeas corpus* tinha previsão no Código de Processo Criminal do Império (1832), passando a integrar a Constituição Federal de 1891 e as que lhe seguiram. Embora tivesse por finalidade específica a liberdade de locomoção, firmou-se na doutrina brasileira do início do Período Republicano, influenciada por Rui Barbosa e Pedro Lessa, a ideia de alargamento das hipóteses de cabimento, em vista da interpretação dada ao art. 72, § 22, da Constituição de 1891, que estabelecia: "Dar-se-á *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder".[6]

A reforma constitucional de 1926, todavia, restringiu o *habeas corpus* aos seus fins iniciais, ou seja, à garantia da liberdade física do indivíduo, prevendo-o para os casos de prisão ou de constrangimento ilegal na liberdade de locomoção. Essa restrição foi mantida nas Constituições seguintes (1934, 1937, 1946, 1967, EC 1/1969 e 1988), estando outros direitos amparados pelo mandado de segurança e, no atual regime constitucional, também pelo *habeas data*.

Apesar disso, verificou-se no Brasil, nos últimos anos, um alargamento da utilização do *habeas corpus*, elevando significativamente o número de impetrações, especialmente nas cortes superiores, o que chamou a atenção de alguns ministros do STJ, que trataram publicamente do tema.

O presente trabalho, em razão disso, ao tratar da atualidade e importância do *habeas corpus*, tem por objetivo analisar, ainda que brevemente, essa situação, procurando contribuir para esse importante debate. O tema merece ser discutido sem paixões corporativas, pois a vulgarização do instituto – e esta expressão não é utilizada aqui com sentido pejorativo – afastou-o de sua origem e de sua finalidade específica: o direito de ir e vir ou ficar, o direito de locomoção.

5. Idem, p. 4.

6. V. PINTO FERREIRA. Op. cit., p. 16-19. A chamada de *doutrina brasileira do* habeas corpus deu origem ao mandado de segurança.

2. NATUREZA DO *HABEAS CORPUS*

O *habeas corpus* é ação. Não é recurso. Erroneamente, o Código de Processo Penal o previu em capítulo inserto no Livro III, que trata das nulidades e dos recursos em geral.

A compreensão de que o *habeas corpus* é ação autônoma de impugnação, e não recurso, é tranquila na doutrina, a começar por Pontes de Miranda, que o entendia como um "remédio jurídico mandamental".[7] Aury Lopes Jr. define-o como "uma ação autônoma de impugnação, de natureza mandamental e com *status* constitucional",[8] enquanto Pellegrini Grinover, Magalhães Filho e Scarance Fernandes o veem como "uma *ação* que tem por objeto uma prestação estatal consistente no restabelecimento da liberdade de ir, vir e ficar, ou, ainda, na remoção de ameaça que possa pairar sobre esse direito fundamental".[9]

Também o reconhecem como ação autônoma de impugnação, dentre outros, Pinto Ferreira,[10] Eugênio Pacelli de Oliveira,[11] Heráclito Mossin[12] e Edilson Mougenot Bonfim.[13]

Apesar de ser ação autônoma de impugnação, o *habeas corpus* tem sido aceito, muitas vezes, como substitutivo de recurso, o que tem contribuído para o seu elevado número, especialmente nas cortes superiores de Justiça. Por isso, fortaleceu-se a ideia de que é necessário mudar-se substancialmente o processo penal brasileiro.

3. A REFORMA PROCESSUAL PENAL

O anacronismo do Código de Processo Penal brasileiro é patente e há muito tempo se fala da necessidade de substituí-lo por um novo ou, no mínimo, por sua modificação substancial. De fato, a reforma do processo penal brasileiro é necessária, pois a sociedade clama por maior efetividade da Justiça Penal, isto

---

7. Op. cit., p. 211 e ss.; t. II, p. 13 e ss.
8. Op. cit., p. 653.
9. Op. cit., p. 349.
10. Op. cit., p. 12.
11. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 790.
12. Habeas corpus: *antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada*. 8. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2008. p. 74.
13. *Curso de processo penal*. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2009. p. 791.

é, que a Justiça dê resposta, em tempo razoável, às muitas demandas que lhe são submetidas, garantindo maior segurança a todos.

Essa efetividade, no entanto, não pode sobrepor-se às garantias que o Estado Democrático deve reservar aos imputados no processo penal. Por isso, o processo penal caminha entre a necessidade de dar uma resposta razoavelmente rápida aos casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário (efetividade) e a obrigatoriedade de garantir ao imputado todos os seus direitos fundamentais (garantia). O garantismo penal, entretanto, não se contrapõe à efetividade do processo penal. Ambos se completam na busca do processo penal justo.

Com base nessa premissa, tramita na Câmara dos Deputados o PLC 8.045/2010, que tem origem no PLS 156/2009, do Senado Federal, de autoria do Senador José Sarney, a partir de proposta de Comissão de Juristas presidida pelo Min. Hamilton Carvalhido, do STJ. Esse projeto propõe um novo Código de Processo Penal, prevendo o *habeas corpus*, corretamente, no Livro destinado às ações de impugnação.

No Senado Federal, esse projeto foi relatado – na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) – pelo Senador Renato Casagrande, que, após examiná-lo, assim como a outras 48 proposições legislativas que versavam sobre processo penal, apresentou projeto substitutivo, consolidado na Emenda 1 – CCJ, que foi aprovado naquela Comissão e, então, submetido ao Plenário, onde sofreu novas modificações e foi, então, aprovado.

Pois bem. Uma das maiores causas de morosidade da Justiça brasileira é o excesso de recursos e a facilidade com que se chega às cortes superiores para discussões das mais variadas questões, que, não poucas vezes, vão além das questões de direito. No Brasil, os recursos são amplos e os filtros não funcionam adequadamente, sendo facilmente ultrapassados pela via do *habeas corpus*.

O direito ao recurso deve ser garantido, mas o excesso de recursos é ruim. A Comissão de Juristas que apresentou o Anteprojeto ao Senado Federal manifestou preocupação quanto a isso, afirmando na Exposição de Motivos: "Não desconhecem os membros da Comissão que frequetemente se tem atribuído ao número excessivo de recursos a demora da prestação jurisdicional, de modo a justificar a necessidade da adoção de um critério de recorribilidade mínima das decisões judiciais".

Após destacar que a questão recursal deve encontrar solução à luz da garantia constitucional da ampla defesa, indissociável dos recursos a ela inerentes, em outro ponto afirmou a Comissão que "[a] disciplina legal dos recursos deve buscar, por certo, a celeridade necessária à produção da resposta penal

em tempo razoável e socialmente útil e à tutela dos direitos fundamentais dos indiciados ou imputados autores de infrações penais".

Relativamente ao *habeas corpus* e à sua utilização como substitutivo de recursos, asseverou a Comissão que "[t]al celeridade, resultado de múltiplas funções e variáveis, entre as quais uma eficiente administração da função jurisdicional, é uma das condições da efetividade da norma penal, que, todavia, deve atuar dentro dos limites intransponíveis do devido processo legal, que, por certo, compreende, substancialmente, a efetividade dos recursos que não podem figurar nos códigos apenas simbolicamente, como sói acontecer em tempos autoritários, nos quais culmina sempre por germinar, como limite do poder do Estado, a interpretação ampla do cabimento do *habeas corpus*, a fazer dele o subrogado universal das impugnações recursais".

Procurou a Comissão, em função disso, restabelecer o *habeas corpus* às suas origens, afirmando que, "No âmbito das ações de impugnação, deu-se cabimento ao *habeas corpus* apenas nos casos de prisão e de iminência de prisão ilegais, tendo em vista a possibilidade de interposição de agravo contra a decisão de recebimento da denúncia. Introduziu-se o mandado de segurança, em regulação específica, ampliando-se, ainda, a legitimidade na ação de revisão criminal".

A *ideia inicial* da Comissão, no entanto, não resistiu à força corporativa que se formou, mantendo-se a ampla possibilidade de impetração de *habeas corpus*. Em seu parecer, o Senador Renato Casagrande referiu-se à proposta da Comissão, dizendo que "[o] Projeto de Código impõe restrições ao manejo do *habeas corpus*, que será deferido se, e somente se, existir uma situação concreta de lesão ou ameaça ao direito de locomoção. Assim, se compararmos o art. 636 do Projeto de Código com o art. 648 do atual CPP, veremos que, em diversos incisos, foi acrescida a expressão 'prisão'. Com essa estratégia, quer-se evitar a concessão de *habeas corpus* nos casos em que o cerceamento da liberdade de locomoção esteja ainda distante".

"Além disso", prosseguiu o Relator, "o Projeto de Código estabelece que o *habeas corpus* não será admitido nas hipóteses em que seja previsto recurso com efeito suspensivo (art. 636, parágrafo único). Pleiteia-se, assim, que o *habeas corpus* não sirva de substituto universal das espécies recursais".

Reconheceu o relator o uso abusivo do *habeas corpus*, porém não acolheu a redação proposta pela Comissão, justificando-se ao afirmar que "[o] Projeto de Código pretende que o *habeas corpus* volte à sua função primordial, que é impedir ou sanar qualquer ilegalidade ou abuso de poder, atual ou iminente, que redunde em cerceamento à liberdade de locomoção. Os incisos do art. 636

insistem, assim, no vocábulo 'prisão', para que a atualidade ou iminência da violência ou coação fiquem bem caracterizadas. O que se quer é impedir que o *habeas corpus* seja utilizado para o debate de qualquer questão processual, mesmo nos casos em que a prisão não é nem sequer iminente. É o caso, por exemplo, da utilização de *habeas corpus* contra decisões de recebimento da denúncia ou para trancar inquéritos policiais".

"O *writ*", prosseguiu ele, "tornou-se, assim, um remédio para todas as querelas processuais, terminando por minar o sistema de recursos. O projeto de Código mostra coragem ao tocar num tema tão caro para a democracia brasileira. Mas, verdade seja dita, presenciamos hoje muitos abusos no manejo do *habeas corpus*, que abarrota os tribunais superiores. Segundo informações divulgadas pelo portal de notícias do STF em 17.07.2009, só em 2008 foram protocolados 3.648 pedidos de *habeas corpus* naquela Corte, e julgados 5.446 (tendo em vista o passivo de anos anteriores). Até junho de 2009, o STF recebeu 2.263 impetrações, sendo que, no mesmo período, a Corte já teria julgado 3.167 *habeas corpus*, concedendo 116 liminares e 235 ordens definitivas. No STJ, a despeito do maior número de ministros, a situação é ainda mais dramática. Conforme relatório estatístico produzido anualmente, 26.973 *habeas corpus* ingressaram na Corte. Nesse mesmo período, o STJ conseguiu julgar 23.504 pedidos. Só o Ministro Presidente despachou, em 2008, 2.876 processos de *habeas corpus*".

E, prosseguiu o relator, "[e]m vista de números tão elevados, nada mais adequado do que o retorno ao leito original desse belíssimo instrumento da liberdade, que, infelizmente, tem sido desvirtuado. (...) O Projeto de Código propõe o convívio pacífico entre o *habeas corpus* e a via recursal. Não há como valorizar o sistema de recursos se, a qualquer tempo, podemos comodamente substituí-lo pela referida ação constitucional. Nessa esteira, o art. 636, parágrafo único, deve ser lido como tentativa de recuperar o prestígio dos recursos no processo penal brasileiro, hoje achatados pelo uso maciço do *habeas corpus*. No entanto, receamos que a redação sugerida possa sofrer questionamentos de ordem constitucional, especialmente em face da dicção do art. 5.º, LXVIII, da CF. O mais razoável seria frear o *habeas corpus* 'enquanto' for cabível a interposição de recurso com efeito suspensivo.

Contudo, o relator alterou a redação proposta no Anteprojeto da Comissão de Juristas, argumentando que, "[c]omo está redigido o art. 636, parágrafo único, tem-se a impressão de que, preclusa a via recursal, não haveria meio de reagir contra a violência ou coação da liberdade de locomoção. (...) Logo, revimos a redação do citado art. 636, parágrafo único, na esperança de superar qualquer contencioso constitucional a respeito da nova disciplina do *habeas*

corpus, certos de que o principal objetivo do projeto de Código é evitar a banalização do instituto".

Para melhor compreensão, veja-se, a seguir, um quadro comparativo entre o que havia sido proposto pela Comissão de Juristas no anteprojeto de Código de Processo Penal e o texto aprovado no Senado Federal, que agora tramita na Câmara dos Deputados:

Redação do Anteprojeto de CPP	Redação aprovada pelo Senado
Art. 635. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação ilegal no seu direito de locomoção, ressalvados os casos de punição disciplinar.	Art. 663. Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, ressalvados os casos de punições disciplinares militares.
Art. 636. A coação considerar-se-á ilegal: I – quando não houver justa causa para a prisão ou para a sua decretação; II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III – quando quem ordenar a prisão não tiver competência para fazê-lo; IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a prisão; V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI – quando o processo a que se refere a prisão ou sua decretação for manifestamente nulo; VII – quando extinta a punibilidade do crime objeto da investigação ou do processo em que se determinou a prisão. Parágrafo único. Não se admitirá o *habeas corpus* nas hipóteses em que seja previsto recurso com efeito suspensivo.	Art. 664. A coação considerar-se-á ilegal: I – quando não houver justa causa; II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI – quando o processo for manifestamente nulo; VII – quando extinta a punibilidade.

Embora o relator tenha reconhecido o excesso na utilização do *habeas corpus*, infelizmente preferiu restabelecer a redação que permite esse excesso, mantendo as coisas como estão. Uma pena.

4. CRÍTICA AO USO EXCESSIVO DO *HABEAS CORPUS*

O Projeto apresentado ao Senado procurou delimitar o cabimento do *habeas corpus* aos casos em que, efetivamente, estivesse em risco o direito de locomoção. Para tanto, procurou substituir a palavra *coação* por *prisão*, diminuindo o campo de interpretação das hipóteses em que seria cabível.

Nada mais correto, afinal não é razoável que se dê tanta elasticidade ao *habeas corpus* para levar aos tribunais questões que, por princípio, deveriam ser reexaminadas, quando possível, em grau de recurso.

Evidentemente, com tal posicionamento não se está a defender restrição ao *habeas corpus* como instrumento de garantia da liberdade, mas a defender que suas hipóteses de cabimento restrinjam-se às situações em que, concretamente, esteja em risco a liberdade de locomoção da pessoa. Aliás, como em qualquer país civilizado do mundo.

Se não há nenhum risco à liberdade de locomoção, não deveria ser impetrado *habeas corpus*. Assim, por exemplo, a existência ou não de justa causa para a ação penal deveria ser analisada pelo juiz e, em grau de recurso, pelo tribunal, no momento oportuno, mas não deveria ser revista por *habeas corpus* se não há a mínima possibilidade de que o imputado venha a ser preso ou corra o risco de o ser.

Veja-se, por exemplo, recente caso divulgado pela imprensa especializada.[14] A 1.ª T. do TRF da 3.ª Região, de ofício, trancou ação penal em que estagiário de direito fora denunciado pelos crimes de invasão de domicílio e desacato ao ter ingressado em área restrita de unidade da Procuradoria da República na cidade paulista de São José do Rio Preto. O juízo federal de primeiro grau rejeitara a denúncia em relação à invasão de domicílio, mantendo-a em relação ao desacato, que, por tratar-se de crime de menor potencial ofensivo, estaria sujeito ao rito célere do Juizado Especial Criminal, com possibilidade de transação penal em audiência preliminar. Antes que houvesse essa audiência, no entanto, e julgando recurso em sentido estrito do Ministério Público Federal, a Corte Federal decidiu não só pela manutenção da rejeição da denúncia, como concedeu de ofício *habeas corpus*, trancando o processo penal.

Pois bem. Não se discute aqui o acerto ou desacerto da denúncia, tampouco das decisões proferidas, de primeiro ou de segundo grau. O que me leva a mencionar

14. TRF-3 derruba denúncia contra estagiário por desacato, por Alessandro Cristo. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2011-ago-08/trf-derruba-denuncia-estagiario-desacato-procuradores]. Acesso em: 19.08.2011.

esse caso é indagar se, diante de uma situação em que não havia o menor risco de violação ao direito de locomoção da pessoa seria o caso de *habeas corpus*?

O argumento geralmente utilizado em situações como essa – e que é respeitável, reconheço – é que constituiria constrangimento ilegal submeter a pessoa a uma ação penal desnecessária. No caso, poderia o denunciado, uma vez afastado um dos crimes a ele imputados, aceitar eventual transação penal ou, rejeitando-a, submeter-se ao processo penal, sem nenhum risco iminente de vir a ter cerceada sua liberdade de locomoção.

Ora, conquanto se reconheça que a existência de uma ação penal é causa de constrangimento para qualquer pessoa, o fato é que esse constrangimento não é ilegal, desde que respeitadas todas as garantias constitucionais do processo. Para se discutir a justa causa da ação penal, bastaria que houvesse um sistema recursal rápido e adequado para o reexame do recebimento da denúncia, sem que tivesse o imputado de valer-se de uma ação específica, como é o caso do *habeas corpus*. Isso foi proposto pela Comissão de Juristas que redigiu o Anteprojeto de Código de Processo Penal.

A inexistência de risco à liberdade de locomoção, aliás, é causa impeditiva do uso do *habeas corpus*, como já salientou o Min. Celso de Mello, em recente decisão monocrática, ao examinar impetração em que bacharel em direito questionava a lei que o obrigava a submeter-se a exame para exercer a profissão de advogado. Conquanto se trate de impetração teratológica, a transcrição da decisão monocrática do decano do STF é importante, pois traz análise histórica do instituto, mostra a posição da Suprema Corte e enfatiza o não cabimento de *habeas corpus* quando não há risco à liberdade do indivíduo.

Disse o Ministro:[15]

"Ementa: Pretendida declaração de inconstitucionalidade do Exame de Ordem (art. 8.°, IV, e § 1.°, da Lei 8.906/1994). Invalidação da inscrição como estagiário. Consequente outorga, ao impetrante, de inscrição, nos quadros da OAB, como advogado. Utilização, para tal finalidade, da ação de *habeas corpus*. Inadequação absoluta do meio processual utilizado. Cessação da doutrina brasileira do *habeas corpus* (1926). Inadmissibilidade da ação de *habeas corpus* como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes. *Habeas corpus* não conhecido.

"Decisão: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, em que são apontados, como autoridades e órgãos coatores, a 'Presidência da Repúbli-

15. A decisão contém diversos negritos e sublinhas. Mantive apenas aqueles expressamente referidos pelo Ministro em sua decisão.

ca, Ministro da Educação, Presidente do Conselho Nacional da OAB, Presidente da OAB-RJ, Ministro das Comunicações e STF'.

"Busca-se, em síntese, nesta sede processual, (a) '*que o autor tenha imediatamente restabelecida* a condição de ir e vir *com seus pertences*, hoje apropriados pela Presidência da República (...)'; (b) '*que, de imediato, haja o cancelamento* da inscrição suplementar, que contém o número de identificação do impetrante junto à OAB-RJ, *e que se expeça carteira* com o nome do autor (...)'; (c) 'que o julgador, por si mesmo ou submetido ao Plenário, *declare a inconstitucionalidade* da lei que exige prova, *para exercer* função de advogado' (grifei).

"Sendo esse o contexto, passo a examinar a questão pertinente à admissibilidade, na espécie, da presente ação de *habeas corpus*.

"Tenho para mim que se revela processualmente inviável a presente impetração, por tratar-se de matéria insuscetível de exame em sede de *habeas corpus*.

"Como se sabe, a ação de *habeas corpus* destina-se, unicamente, a amparar a imediata liberdade de locomoção física das pessoas, revelando-se estranha, à sua específica finalidade jurídico-constitucional, qualquer pretensão que vise a desconstituir atos que não se mostrem ofensivos, ainda que potencialmente, ao direito de ir, de vir e de permanecer das pessoas.

"É por tal razão que o STF, atento à destinação constitucional do *habeas corpus*, não tem conhecido do remédio heroico, quando utilizado, como no caso, em situações de que não resulte qualquer possibilidade de ofensa ao *jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque* (*RTJ* 116/523, *RTJ* 141/159).

"A ação de *habeas corpus*, portanto, enquanto remédio jurídico-constitucional revestido de finalidade específica, não pode ser utilizada como sucedâneo de outras ações judiciais, notadamente naquelas hipóteses em que o direito-fim (ou direito-escopo, na expressão feliz de Pedro Lessa) não se identifica – tal como neste caso ocorre – com a própria liberdade de locomoção física.

"É que entendimento diverso conduziria, necessariamente, à descaracterização desse instrumento tutelar da liberdade de locomoção. Não se pode desconhecer que, com a cessação da doutrina brasileira do *habeas corpus*, motivada pela Reforma Constitucional de 1926, restaurou-se, em nosso sistema jurídico, a função clássica desse remédio heroico. Por tal razão, não se revela suscetível de conhecimento a ação de *habeas corpus*, quando promovida contra ato estatal de que não resulte, de modo imediato, ofensa, atual ou iminente, à liberdade de locomoção física (*RTJ* 135/593, *RTJ* 136/1226, *RTJ* 142/896, *RTJ* 152/140, *RTJ* 178/1231, *RTJ* 180/962, *RTJ* 197/587-588, v.g.):

"'A função clássica do *habeas corpus* restringe-se à estreita tutela da imediata liberdade de locomoção física das pessoas.'

"'– A ação de *habeas corpus* – desde que inexistente qualquer situação de dano efetivo ou de risco potencial ao *jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque* – não se revela cabível, mesmo quando ajuizada para discutir eventual nulidade do processo penal em que proferida decisão condenatória definitivamente executada.'

"'Esse entendimento decorre da circunstância histórica de a Reforma Constitucional de 1926 – que importou na cessação da doutrina brasileira do *habeas corpus* – haver restaurado a função clássica desse extraordinário remédio processual, destinando-o, quanto à sua finalidade, à específica tutela jurisdicional da imediata liberdade de locomoção física das pessoas. Precedentes' (*RTJ* 186/261-262, rel. Min. Celso de Mello).

"Vale insistir, bem por isso, na asserção de que o *habeas corpus*, em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, configura um poderoso meio de cessação do injusto constrangimento ao estado de liberdade de locomoção física das pessoas. Se essa liberdade não se expõe a qualquer tipo de cerceamento, e se o direito de ir, vir ou permanecer sequer se revela ameaçado, nada justifica o emprego do remédio heroico do *habeas corpus*, por não estar em causa a liberdade de locomoção física:

"'Constitucional. Processual penal. *Habeas corpus*. Cabimento. art. 5.°, LXVIII, da CF.

"I. O *habeas corpus* visa a proteger a liberdade de locomoção – liberdade de ir, vir e ficar – por ilegalidade ou abuso de poder, *não podendo ser utilizado* para proteção *de direitos outros*. art. 5.°, LXVIII, da CF.

"II. HC indeferido, liminarmente. Agravo *não provido*' (AgRg no HC 82.880/SP, Pleno, rel. Min. Carlos Velloso – grifei).

"'Cabe reafirmar, desse modo, que esse remédio constitucional, considerada a sua específica destinação tutelar, tem por finalidade amparar, em sede jurisdicional, única e diretamente, a liberdade de locomoção. Ele se destina à estreita tutela da imediata liberdade física de ir e vir dos indivíduos (...)' (*RTJ* 66/396, *RTJ* 177/1206-1207, *RT* 423/327, *RT* 338/99, *RF* 213/390, *RF* 222/336, *RF* 230/280, v.g.), excluída, portanto, a possibilidade de se questionar, no âmbito do processo de *habeas corpus*, como ora pretendido pelo impetrante, a legitimidade constitucional do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994), no ponto em que tornou exigível, para efeito de inscrição nos quadros da OAB, a aprovação em Exame de Ordem (art. 8.°, IV, e § 1.°).

"Inadmissível, por igual, consideradas as mesmas razões que venho de expor, a utilização do presente *writ* constitucional para, mediante concessão da ordem de *habeas corpus*, invalidar-se a inscrição do ora impetrante como esta-

giário (art. 9.º da Lei 8.906/1994,), a fim de substituí-la por inscrição definitiva como advogado.

"Mesmo que fosse admissível, na espécie, o remédio de *habeas corpus* (e não o é!), ainda assim referida ação constitucional mostrar-se-ia insuscetível de conhecimento, eis que o impetrante sequer indicou a existência de ato concreto que pudesse ofender, de modo direto e imediato, o direito de ir, vir e permanecer do ora paciente.

"Como se sabe, a ação de *habeas corpus* exige, para efeito de cognoscibilidade, a indicação – específica e individualizada – de fatos concretos cuja ocorrência possa repercutir na esfera da imediata liberdade de locomoção física dos indivíduos.

"O fato irrecusável, desse modo, é que, sem a precisa indicação, pelo autor do *writ*, de atos concretos e específicos, não há como reputar processualmente viável o ajuizamento da ação constitucional de *habeas corpus*.

"Esse entendimento é perfilhado por Eduardo Espínola Filho (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Campinas: Bookseller, 2000. vol. VII/277, item n. 1.372), em abordagem na qual enfatiza a imprescindibilidade da concreta indicação do ato coator: "'A petição deve, pois, conter todos os requisitos de uma exposição suficientemente clara, com explanação e narração sobre a violência, suas causas, sua ilegalidade. Não se faz mister, porém, que a petição esteja instruída com o conteúdo da ordem pela qual o paciente está preso, porque esta falta não pode prejudicar, e é perfeitamente sanável.'

"'A petição, dando parte da espécie de constrangimento, que o paciente sofre, ou está na iminência de sofrer, deve argumentar no sentido de convencer da ilegalidade da violência, ou coação (...).'

"'É óbvio, *há todo interesse*, para o requerente, *em precisar os fatos, tão pormenorizada, tão circunstancialmente*, quanto lhe for possível, pois melhor se orientará a autoridade judiciária, a que é submetida a espécie (...)' (grifei).

"Daí a observação feita por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (*Recursos no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 362, item n. 242):

"'O Código *exige*, finalmente, a menção à espécie de constrangimento e, no caso de ameaça, as razões em que se funda o temor, ou seja, *a indicação dos fatos que constituem a* causa petendi' (grifei).

"Esse entendimento doutrinário – que repele a utilização do instrumento constitucional do *habeas corpus*, quando ausente, na petição de impetração, menção específica a fatos concretos ensejadores da alegada situação de injusto

constrangimento (Julio Fabbrini Mirabete. *Código de Processo Penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1756, item n. 654.7; Fernando Capez. *Curso de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 529, item n. 20.15.10; Tales Castelo Branco. *Teoria e prática dos recursos criminais*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 158, item n. 156) – reflete-se, por igual, na jurisprudência do STF, que, a propósito do tema, assim se tem pronunciado:

"'*Habeas corpus* – Impetração que não indica qualquer comportamento concreto atribuído à autoridade apontada como coatora – Pedido não conhecido.

"Torna-se insuscetível de conhecimento o *habeas corpus* em cujo âmbito o impetrante não indique qualquer ato concreto que revele, por parte da autoridade apontada como coatora, a prática de comportamento abusivo ou de conduta revestida de ilicitude'(*RTJ* 159/894, rel. Min. Celso de Mello).

"'Não há como admitir o processamento da ação de *habeas corpus*, se o impetrante deixa de atribuir à autoridade apontada como coatora a prática de ato concreto que evidencie a ocorrência de um específico comportamento abusivo ou revestido de ilegalidade' (*RTJ* 164/193-194, Pleno, rel. Min. Celso de Mello).

"'É por tal motivo que a ausência de precisa indicação de atos concretos e específicos inviabiliza, processualmente, o conhecimento da ação constitucional de *habeas corpus*, como tem advertido o Plenário desta Suprema Corte' (AgRg no HC 83.966 /SP, rel. Min. Celso de Mello, v.g.).

"Vê-se, portanto, que a pretensão deduzida nesta sede processual claramente evidencia que o ora impetrante, na realidade, pretende questionar *in abstracto* – sem qualquer referência concreta pertinente a uma situação específica – a própria constitucionalidade de 'lei que exige prova, para exercer função de advogado'.

"Cabe ter presente, bem por isso, na perspectiva do caso ora em exame, que o remédio de *habeas corpus* não pode ser utilizado como (inadmissível) sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, eis que o ora impetrante não dispõe, para efeito de ativação da jurisdição constitucional concentrada do STF, da necessária legitimidade ativa *ad causam* para o processo de controle normativo abstrato:

"'1. *Habeas corpus*. *Declaração de inconstitucionalidade* de normas estaduais. *Caráter principal* da pretensão. *Inadmissibilidade*. Remédio *que não se presta* a controle *abstrato* de constitucionalidade. Pedido *não* conhecido. Ação de *habeas corpus não* se presta a controle *abstrato* de constitucionalidade de lei (...)' (HC 81.489/SP, 2.ª T., rel. Min. Cezar Peluso, grifei).

"Registro, finalmente, por relevante, que Juízes do STF, em contexto semelhante ao que emerge deste processo, não têm conhecido de ações de *habeas corpus*, considerado o fundamento de que o remédio heroico não pode ser utilizado como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade (HC 74.991/SP, rel. Min. Celso de Mello – HC 95.921/RN, rel. Min. Joaquim Barbosa – HC 96.238/DF, rel. Min. Menezes Direito – HC 96.301/SP, rel. Min. Ellen Gracie – HC 96.425/SP, rel. Min. Eros Grau – HC 96.748/DF, rel. Min. Celso de Mello – HC 97.763/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa – HC 103.998/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, v.g.).

"Sendo assim, e em face das razões expostas, não conheço da presente ação de *habeas corpus*, restando prejudicado, em consequência, o exame do pedido de medida liminar.

"Arquivem-se os presentes autos.

"Publique-se.

"Brasília, 04 de agosto de 2011 – Min. Celso de Mello, relator" (MC no HC 109.327/RJ, j. 04.08.2011, rel. Min. Celso de Mello).

Nesse mesmo sentido, encontram-se outros julgados de relatoria do Min. Celso de Mello: AgRg no HC 83.966/SP, Pleno, v.u., j. 23.06.2004, *DJ* 25.11.2005; HC 79.474/MG, 2.ª T., v.u., j. 16.11.1999, *DJ* 20.10.2000).

Em recente decisão monocrática, o Min. Teori Albino Zavascki, do STJ, também não conheceu de *habeas corpus* em que o impetrante (em causa própria) tentava impedir a realização de exame de higidez mental. Afirmou o ministro que "[o] *habeas corpus* é via idônea para a tutela do direito de ir e vir, quando eventualmente ameaçado por imediata ou mediata coação ilegal ou abuso do poder. Não cabe tal remédio como instrumento para inibir a realização de exames de higidez mental que, nem direta e nem indiretamente, comprometem a liberdade física do paciente" (AgRg no HC 170.366/PE, j. 13.09.2011, *DJe* 19.09.2011).

No entanto, apesar desses precedentes, foi a interpretação jurisprudencial que alargou o cabimento de *habeas corpus* e que, agora, tem causado dissabores às cortes, especialmente as superiores.

Com efeito, pegue-se o exemplo do STF, a mais alta corte do país e guardiã da Constituição Federal. Conforme informações que podem ser obtidas no seu *site* na Internet,[16] verifica-se que o Supremo julgou 43.453 *habeas corpus*, de

16. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=HC].

1990 a 2010. Curioso observar que, no ano de 1990, a Corte julgou 528 *habeas corpus* ao passo que no ano de 2010 foram julgados 6.006.

Como ao STF compete julgar os *habeas corpus* quando o coator for tribunal superior, poder-se-ia perguntar se o STJ, ao longo desses anos todos, cometeu tantas ilegalidades ou abusos de poder em matéria de direito de locomoção.

É evidente que não. No ano de 2008, o STF julgou 5.446 *habeas corpus*, mas concedeu a ordem (total, parcialmente ou de ofício) em apenas 355 deles, ou seja, 6,51%. Em 2009 foram julgados 6.190 *habeas corpus*, tendo sido concedida a ordem em apenas 428 deles, ou seja, 6,91%. Em 2010, o Supremo julgou 6.006 *habeas corpus*, mas concedeu a ordem em somente 444 deles (7,39%).

Esses números, colhidos no *site* do STF na Internet, mostram que algo está errado e que o STJ não comete tantas ilegalidades, assim como não o fazem as outras instâncias do Poder Judiciário.

Esse fenômeno foi notado por ministros do STJ, conforme notícia divulgada no *site* da Corte na Internet, no dia 30.05.2011, sob o título "Número de *habeas corpus* no STJ dobra em apenas três anos e preocupa ministros".[17] Divulgou-se que "[a] quantidade de *habeas corpus* submetidos ao STJ chegou, em março, à marca dos 200 mil. Ao longo de 19 anos – desde sua instalação, em 1989, até fevereiro de 2008 –, o STJ recebeu 100 mil pedidos de *habeas corpus*. Daí em diante, em apenas três anos, o número dobrou, o que mostra um crescimento impressionante na frequência com que os brasileiros vêm recorrendo a esse instrumento constitucional criado para garantir o direito à liberdade".

Não há dados específicos quanto à quantidade de ordens concedidas, mas pode-se crer que a grande maioria dos *habeas corpus* é denegada, assim como se verifica no STF.

O problema é que se busca, pela via do *habeas corpus* antecipar discussões de questões que seriam resolvidas no curso do processo pela via recursal adequada. A propósito, de acordo com a supracitada reportagem, o Min. Jorge Mussi, presidente da 5.ª T., disse que "a utilização indiscriminada do *habeas corpus* tem levado ao desuso do recurso especial, notadamente marcado por diversos requisitos técnicos para a sua admissão e acolhimento".

Por outro lado, o Min. Gilson Dipp, preocupado com o fenômeno da vulgarização do *habeas corpus*, disse que o instituto foi "hoje praticamente erigido

17. Disponível em: [www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102007]. Acesso em: 11.08.2011.

em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção".

Além disso, afirmou o ministro, segundo a reportagem, que "o desprezo pelos recursos regulares ameaça causar a 'desmoralização' das instâncias ordinárias, na medida em que, muitas vezes, o *habeas corpus* desloca para os tribunais superiores a decisão sobre matérias próprias daquelas".

5. CONCLUSÃO

Estão certos os ministros do STJ em sua crítica. A vulgarização do *habeas corpus* transforma-o indevidamente em recurso. Deturpa sua natureza de ação de índole constitucional contra o arbítrio e contribui para a morosidade do Poder Judiciário, pois, dada a preferência do *writ*, seus julgamentos ocorrem antes dos demais recursos, em prejuízo de quem se valeu corretamente dos meios processuais existentes.

Defendo o uso correto do *habeas corpus*, dentro de um sistema racional de recursos, que alie a efetividade do processo à garantia do imputado. O abuso do *habeas corpus* não atende a isso. Não é razoável que o STF julgue tantos *habeas corpus*, sendo que a quase totalidade deles é denegada, o que demonstra que o STJ e, por conseguinte, as demais instâncias não cometem tantas ilegalidades quantas se lhes pretende imputar.

Por tal motivo, era boa a proposta contida no Anteprojeto de Código de Processo Penal que se transformou no PLS 156/2009, mas que, infelizmente, não veio a ser acolhida por aquela casa legislativa.

A manter-se tudo como está, teremos em breve tribunais superiores esgotados, em prejuízo de toda a sociedade, afinal, essa pletora de *habeas corpus* nos tribunais está longe de representar o processo penal justo.

Se o que se deseja para o Brasil é um bom processo penal, é necessário pensar num sistema racional de recursos que dê efetividade ao processo, porém balizado na ampla defesa, impedindo que se utilize indevidamente o *habeas corpus*, que deve voltar a ser uma ação de uso restrito, para as hipóteses em que se busque proteger, efetivamente, a liberdade de locomoção.

6. BIBLIOGRAFIA

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em es-*

pécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 4. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004). São Paulo: Ed. RT, 2005.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. vol. II.

MOSSIN, Heráclito. Habeas corpus: *antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada*. 8. ed. rev. e atual. Manole: Barueri, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PINTO FERREIRA. *Teoria e prática do* habeas corpus. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e prática do habeas corpus*. Atual. Vilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. t. I.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Aspectos fundamentais do *habeas corpus* e a sua aplicabilidade na jurisdição estatal brasileira, de Helvécio Damis de Oliveira Cunha – *RT* 869/488;
- "Habeas Corpus" – Atualização, de Alberto Silva Franco e Luiz Carlos Betanho – *RBCCrim* 12/304;
- Considerações sobre a origem e evolução da ação de *habeas corpus*, de Thiago Bottino do Amaral – *RBCCrim* 35/101; e
- Breves considerações sobre o *habeas corpus* como ação autônoma de impugnação, de Tales Castelo Branco – *RIASP* 12/190.

56458

1 LA URGENCIA (Y LOS HORIZONTES) DE UNA POLÍTICA CRIMINAL HUMANISTA

MARIANO HERNÁN GUTIÉRREZ

Mestre em Criminologia pela Universidade de Lomas de Zamora. Doutorando em Sociologia pela Universidade de Buenos Aires.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMEN: Asistimos a una época de expansión penal curiosa, que coincide con un avance en las teorías progresistas y humanistas del derecho y la progresiva ocupación de espacios de influencia de los profesores que las sustentan. A pesar de este avance, el observable del sistema penal no se ha modificado en sus principales rasgos de selectividad y crueldad. En gran parte esto se debe a que aún prevalece una cultura jurídico penal formalista, y la estrategia del garantismo penal se ha refugiado en la idea de resistencia, claudicando sobre sus expectativas de una verdadera transformación institucional. Como remedio se propone recuperar el desafío del "realismo" e involucrarse activamente en el conocimiento e intervención sobre las prácticas institucionales. Y, en segundo lugar, ello supone ampliar la concepción jurídica crítica integrando los derechos sociales fundamentales a la lectura de los problemas penales.

PALABRAS CLAVE: Formalismo - Realismo - Prácticas institucionales - Garantías individuales - Derechos sociales.

ABSTRACT: We are witnessing an odd era of criminal expansion, which coincides with the progressive and humanist theories of law taking hold while influential spots are increasingly taken by the professors who support them. Despite this progress, the apparent criminal justice system has not changed in its main features of selectivity and cruelty. This is mainly because of the prevalence of a formalist criminal justice culture, while the strategy of criminal guarantees has taken refuge in the idea of resistance, stumbling on its expectations of a real institutional transformation. To fix this, it is suggested to retake the challenge of "realism" as well as active involvement in the knowledge and intervention on institutional practices. Secondly, this entails the broadening of the critical legal approach integrating the basic social rights to the interpretation of criminal issues.

KEYWORDS: Formalism - Realism - Institutional Practices - Individual Rights - Social Rights.

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. La pasión por la forma – 3. El derecho como *fin* o el derecho como *instrumento* – 4. La vuelta a una (incompleta) perspectiva de derechos– 5. Incorporar los derechos sociales a la perspectiva de derechos – 6. Palabras finales, hechos iniciales – 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Seguramente no sería una originalidad de mi parte recordar aquí la ambigüedad de títulos tales como "ciencias criminales" o "políticas criminales". Todos aquellos relacionados aun mínimamente con tales asuntos saben perfectamente que se trata más bien de "ciencias" o "políticas" "(*sobre la cuestión*) criminal". Sin embargo no deja de ser llamativo que aún sigamos utilizando estos títulos ambiguos, pues para el lenguaje común, un sustantivo adjetivado como "criminal" haría referencia a una naturaleza moralmente aberrante del objeto, o, como dice Pavarini, "abyecta". Así, en realidad, lo que estaríamos diciendo para un oído no entrenado es que nuestra política y nuestra ciencia, es "criminal" en sí misma. Y creo que algo de esto estamos aceptando, implícitamente, los que nos dedicamos a una "ciencia criminal" o a pensar "políticas criminales". También podríamos pensar que la dificultad de "sacarse de encima" el apelativo de criminal (por ejemplo en la palabra "criminología") no es casual: justamente la criminología nace de pretender equiparar todo *delito* a lo *criminal*, todo *hecho contrario a la ley* a *lo aberrante*, el hombre que delinque a *el hombre delincuente*, el monstruo, el anormal. Es curioso que los juristas, que con tesón y buen juicio tanto han resistido a este tipo de criminología durante más de un siglo, sigan (¿sigamos?) cayendo en su trampa semántica. Pero por esta misma naturaleza doblemente criminal de nuestra política respecto a los delitos –porque es sustancialmente criminal, en tanto nunca dejar der una política sobre la aplicación de dolor, y porque hereda un lenguaje criminológico original, que a pesar de todo lo que se le ha dicho, sigue marcándola–, es que nunca deja de ser urgente la necesidad de plantearse *una política criminal que sea menos criminal*. En todo caso, una política, más técnica, menos moralista, pero a la vez, menos aberrante, más humanista[1] ¿no

1. No voy a plantear disquisiciones filosóficas sobre este término. En todo caso, sobrevuela en nuestra cultura jurídica una clara concepción de qué significaría una concepción "humanista" respecto del sistema penal. Esto es: partir de la preocupación por el ser humano, por su dignidad e integridad, antes que por el mantenimiento del orden o el funcionamiento del sistema. El humanismo al que aquí haré referencia es, en todo caso un programa de pensamiento, una pregunta abierta (desde el renacimiento

debería llamarse política *delictiva*? No abandonaríamos la ambigüedad, en tanto esta política será siempre también ella misma delincuente –pues toda política sobre los delitos necesariamente implica es perseguir ciertos autores por ciertos hechos y encubrir (dar inmunidad o impunidad) a otros autores por otros hechos–, y, la ironía exquisita es que en una sociedad cuya ley se pretende igual para todos, el meta-delito, el ilegalismo por excelencia es justamente, distribuir –según criterios distintos a los imposibles e imaginarios de la ley– el poder de definir y administrar los *ilegalismos* y la *delincuencia* (FOUCAULT, 1976) el régimen de tolerancia/intolerancia, de pena/impunidad (PEGORARO, 2006).

En definitiva ¿qué significaría una política criminal humanista, si de todas formas nunca dejaría de ser criminal o delictiva ella misma? No puedo responder a esa pregunta. La proyección de la abolición del sistema penal es tan seductora como lejana, y muchas veces nos olvidamos que el verdadero mensaje del abolicionismo es mirar a los problemas en concreto para abordarlos de otra manera, y no platearse la revolución inmediata.

Por otro lado, tampoco creo verme en la necesidad de exponer ante este foro el por qué sería *urgente* hacerlo. Tratándose de un foro de expertos en la materia, todos aquí sabrán de cómo se manifiesta la selectividad penal en sus respectivos países, de cómo se administra el régimen de pena/impunidad, persecución/inmunidad, y cómo se aplican los castigos; el grado de violencia en la cárceles, pero también el grado de violencia que la precede y la alimenta en los juzgados (el desprecio por el justiciable, la deshumanización del operador jurídico, la violenta sacralidad de las jerarquías en el mundo intrajudicial y para con el justiciable, la desidia, el racismo o el clasismo que persisten en la mentalidad de los operadores y que determinan las acciones y los resultados de las prácticas policiales y judiciales), violencia que precede y habilita a la de las instituciones de reclusión. En definitiva, aunque creo que sí es tarea de todo criminólogo demostrar con datos empíricos la crueldad y desigualdad del sistema penal, no va a ser este el centro de mi intervención en esta oportunidad. Atenta contra ello, entre otras cosas, lo heterogéneo de nuestros países, y las dificultades para conocer el cada caso el grado de fiabilidad de las estadísticas oficiales. Esa tarea es preferible que sea manejada por cada uno de los expertos en su propio terreno.

---

hasta hoy, haciendo pie, principalmente en la ilustración). En todo caso, y a partir de planteármelo como un programa siempre en construcción es que en muchos pasajes lo identificaré con el "progresismo", término con el que tampoco intento apelar a su significado original, con ciertas connotaciones futuristas y evolucionistas, sino que lo utilizaré en el sentido político general que suele tener coloquialmente.

Sin embargo será útil ilustrar, con mucha brevedad algunos datos de la Argentina que seguidamente en mayor o menor medida serán reconocidos como propios por muchos de los presentes de distintas países.

El sistema penal argentino se comporta con asombrosa constancia: en 1998, el 53,4% de las condenas aplicadas por el sistema penal lo eran por delitos contra la propiedad (hurtos y robos); y a los que se debe sumar los delitos contra "administración pública" (casi todos encubrimientos por robos menores), 4,48%. Entre ambos superan el 66%. En 2007, nueve años después, los números se mantienen similares: las condenas por robos y hurtos son el 54,80% del total, y los encubrimientos 6,25 %. Ambos dan el 62%.[2]

Respecto de los encarcelados alrededor del 61% lo está por delitos contra la propiedad, el 15% por delitos de homicidios y tentativas y el 8,4 por drogas. También estas cifras se mantienen constantes.

Como se sabe, las cárceles están pobladas casi exclusivamente por la clase baja. El 80% de quienes se encuentran allí eran desocupados o sub-ocupados (40% para cada categoría). El 50% no tuvo ni profesión ni oficio (el 41% tuvo algún oficio, pero no profesión; el 9% sí tuvo profesión). El 80% no llegó a la educación secundaria (de esta cifra, 6% nunca tuvo educación formal, 21% empezó la primaria, 53% terminó la primaria pero no empezó la secundaria). Estas cifras son actuales, pero muy similares a las de hace diez o cinco años.

A nivel total de delitos la tasa promedio de condena contra la tasa de hechos conocidos en todas las provincias fluctúa entre 0,1% y 3% (acelerándose a un 4% en algunos casos en los últimos años, gracias a nuevos institutos procesales que acortan el plazo procesal, evitando el debate oral). Enorme margen de selectividad y de administración arbitraria del poder tanto de perseguir, como de condenar, y tanto de someter a proceso con mayor o menor restricciones, de condenar simbólicamente (con una prisión en suspenso), como de encarcelar efectivamente (con o sin condena). Más precisamente, para llegar a la condena existe un margen de entre el 97% y el 99,9% de selección. Dentro de la selección de los delitos que quedan sin condena, debemos ubicar a todos los "delitos de los poderosos", los delitos de cuello blanco –salvo aquellos, muy excepcionales, que por una coyuntura especial generan escándalo público, y los delitos de las

2. Todos estos datos están tomados de los sistema informativos del Ministerio de Justicia de la Nación, especialmente del Sistema Nacional de Información Criminal (Snic, en sus informes anuales de 2001 a 2008, y Sistema Nacional de Estadísticas de Establecimientos Penitenciarios, Sneep), en los casos que corresponde corregidos por el Centro de Estudios legales y Sociales (Cels) en sus informes anuales.

mismas fuerzas de seguridad y sus socios en el delito organizado, por supuesto. De todos ellos no podemos obtener una cifra negra confiable, pero nuestra práctica tribunalicia y como abogados nos advierte que la inmunidad en estos casos es casi absoluta.

A fines de los años 80, la Argentina ostentaba una tasa de encarcelamiento media-baja: alrededor de 110 personas cada 100.000 habitantes. Hoy, agregando a las estadísticas penitenciarias los detenidos en comisarías, tenemos una alta tasa de encarcelamiento que supera los 162 cada 100.000 habitantes. Al mismo tiempo, todos nuestros sistemas soportan alta superpoblación carcelaria (CARRANZA, 2001), y graves problemas para lograr que los internos vean respetados incluso sus derechos más básicos (y en consecuencia, proliferan las denuncias ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos).

Lo curioso de todo esto es que mientras el sistema penal, en su comportamiento observable, permanece constante, hemos vivido una época de triunfos progresistas en la academia, creciente influencia legislativa y paulatina conquista de cargos de la magistratura por jueces-profesores indudablemente democráticos y humanistas.

Los abogados y juristas solemos denunciar o en el mejor de los casos analizar el funcionamiento de otras agencias, su fracaso, y sobre todo su responsabilidad en hacer imposible cualquier tipo de política criminal (más) humanista. Incluso, en ambientes predominantemente académicos podemos criticar a la justicia y a los jueces (como si fueran otros). Sin embargo, en vista de que hemos conquistado algunos logros, pero no hemos logrado cambiar en nada el observable real del sistema, creo que otra parte de los engranajes del sistema penal que debemos analizar es el de los propios juristas: profesores de derecho, magistrados y funcionarios judiciales. Esto puede parecer una herejía, y sé que al poner el foco aquí y no en las otras instituciones, efectivamente, muy probablemente esté cometiendo una herejía que molestará. Pero esto no significa que debamos abandonar ni la vigilancia ni la pretensión de cambio de las otras agencias penales, significa que tal vez encontremos impedimentos más cerca de lo que creemos, en nuestro propio ojo, generando el punto ciego clave del sistema, que nos impide avanzar.

Por otro lado los grandes profesores de las corrientes críticas nos han legado muchas hipótesis de qué hay en el sistema, qué hace, y por qué el sistema funciona como lo hace. Pero luego de ello, sus seguidores hemos fallado en tratar de explicar el cómo: cómo es que estos grandes factores históricos hacen que esta institución funcionen de esta manera, cómo de producen los saberes burocráticos, el verticalismo, el formalismo; cómo se resiste a las reformas, cómo se organizan esos actores para hacerlo.

Luego de ahondar un poco más en estas observaciones, no eludiré el compromiso de mencionar cuáles creo que podrían ser direcciones posibles. Lo que aquí vengo a proponer no tiene que ver con la repetida fórmula de enfocar la mirada, o mirar más allá. Al contrario, la propuesta implica dos movimientos aparentemente antagónicos: un *acercamiento* de la mirada, y una *ampliación* de la mirada. En lugar de seguir tratando de ver *más allá*, ver en lo más *cercano*, y en lugar de concentrar la mirada en lo penal, prestar atención y aprender de lo que pasa en la mirada *periférica*, en los bordes del sistema penal.

2. LA PASIÓN POR LA FORMA

La desigualdad en la persecución penal sea tal vez, uno de los rasgos más visibles y a la vez más claves de las injusticias que en un primer momento movilizan a todo jurista crítico o criminólogo crítico. Allí encontramos reunida la idea antidemocrática de los privilegios de unos por sobre otros, el resultado de que el castigo lo pagan los más pobres y no los peores delincuentes, la sensación de que la justicia tiene precio, en definitiva, nuclea gran parte de las *injusticias de la justicia* y en fuente de la crisis de legitimidad de la justicia. El otro, por supuesto, la brutalidad en las agencias de seguridad, y sobre todo en las cárceles, que echa por tierra cualquier ficción de la civilización como destinada a un menor y más racional uso de la fuerza y la violencia física, un presupuesto filosófico del derecho penal liberal.

Pero estas no son épocas tan oscuras. A pesar de soportar un contexto de punitivismo y populismo punitivo (para esta discusión, en la Argentina véase SOZZO, 2007), los juristas han logrado importantes avances a nivel de la interpretación de garantías constitucionales, de reclamar independencia política y científica del derecho por sobre el sistema político, de la integración de sus órdenes normativos al sistema interamericano de derechos humanos, de la revalorización del lenguaje de los derechos por sobre otros discursos (disciplinarios, del orden etc.) (GUTIÉRREZ, 2011b).

Por ejemplo, en el caso argentino, desde la década del 90, y como resultado del esfuerzo de los juristas que comenzaron a ganar espacios en la academia desde los años 80 y durante los 90 (E. R. Zaffaroni, J. B. Maier, E. Hendler, que hasta hace muy poco eran prestigiosos titulares de cátedras, y sus equipos de abogados juristas y criminólogos muy bien preparados que los están sucediendo), hemos vivido una serie de reformas indudablemente humanistas en casi todas las áreas del derecho penal. Anteriormente, el código de procedimientos federal y todos los códigos provinciales eran de tipo inquisitivo. En las últimas dos décadas, el sistema federal se ha reformado hacia un inquisitivo con rasgos

acusatorios y la mayoría de las provincias del país lo ha seguido, con códigos bien marcadamente acusatorios o bien inquisitivos pero incorporando muchas de las garantías propias del acusatorio. Esta reforma, lenta pero constante, ha estado fogoneada por argumentos seguramente también muy conocidos aquí, y la mayoría muy ciertos: que el acusatorio tiene un origen de resistencia al poder, o de representación popular, que garantiza la igualdad entre las partes; que el sistema inquisitivo es herencia de la colonia y por ende del absolutismo, que en él el juez se hace dueño del imputado convirtiéndolo en objeto de prueba, y la víctima simplemente es excluida, que al ser un sistema de averiguación de la verdad histórica por naturaleza no es afín a una lógica de las garantías individuales; en fin, certeras críticas que demuestran que el sistema inquisitivo es incompatible con la democracia y las garantías individuales, y el acusatorio, en cambio, tiende a ser la forma más compatible con ellas. La jurisprudencia, en esto mucho más lenta, pero en los últimos años de forma predominante, también ha ido apoyando o forzando este cambio, principalmente en lo que respecta al respeto a ciertas garantías como la garantía de la defensa efectiva durante el proceso, paridad de armas, la prisión preventiva sólo cómo medida cautelar etc.

A nivel de la interpretación de la ley penal, quien es hoy el penalista más prestigioso del país (claramente, me refiero a Zaffaroni, sobre quien volveremos constantemente), junto con otros profesores, comenzaron en los años 70 y 80 una crítica a las escuelas dogmáticas hasta entonces aplicadas mayoritariamente (causalistas). Los argumentos de esta crítica y de su propuesta originalmente y a mi juicio, eran muchos más endebles que los de los procesalistas. El principal argumento era que la teoría causalista del delito, tal cual se utilizaba, no respetaba "la ontología" de la acción (ZAFFARONI, 1998, t. III, p. 27) y que por ello estaba asociado a resultados autoritarios como en las escuelas alemanas neokantianas y filonazis.[3] En cambio la teoría finalista del delito tenía su origen en la socialdemocracia alemana de posguerra, y era "respetuosa" con la naturaleza ontológica de la acción (ZAFFARONI, 1998, t. III). Si bien muchos causalistas con probada filiación garantista dudaron de la razonabilidad de esta argumentación, lo cierto es que entre los años 80 y 90 el finalismo se impuso de la mano de un discurso garantista en la mayoría de las

3. Aunque el viejo Zaffaroni se cuida mucho de decir esto en su clásico *Tratado de derecho penal* (aquel que tuvo vigencia hasta 2001), y hasta advierte en contra –véase el Capítulo XIV, del t. III, 1998–, así era resumida en las clases e intervenciones informales la argumentación, y repetida hasta el cansancio por los profesores "zaffaronianos", y así se popularizó, en la cultura jurídico-penal esa crítica.

academias de derecho argentinas, a tal punto que en el discurso de la mayoría de los profesores hoy garantismo como filosofía jurídica y finalismo como la teoría dogmática se implican mutuamente. En la Universidad de Buenos Aires, la mayoría de cátedras finalistas disputan con la minoría funcionalista, pero ya no quedan cátedras causalistas. La jurisprudencia, más rezagada en estos temas, parece estar siguiendo el mismo camino.

Finalmente, la tercera gran demanda y reforma de la academia humanista al sistema penal argentino desde los años 80 ha sido la derogación del sistema tutelar de menores. También de la mano de las anteriores, y protagonizada por profesores visiblemente emparentados con los que motorizaron las reformas anteriores (principalmente por el jurista y criminólogo, en aquel entonces progresista, Emilio García Méndez; véase entre muchísimas otras obras, GARCÍA MÉNDEZ, 1992 y 1996). También los argumentos son conocidos a nivel internacional, pues, como las anteriores, forman parte de movimientos interuniversitarios internacionales: El sistema penal tutelar convierte al niño en un menor, al sujeto en un objeto, lo despoja de sus derechos y somete a la autoridad supuestamenmte benigna y paternal del juez; ese sometimiento siempre ocurre internándolo coactivamente en instituciones, que, por otro lado, funcionan de manera idéntica para castigar como supuestamente para reeducar o proteger; haciendo de todo el sistema un festival de eufemismos que oculta una realidad institucional terriblemente violenta. La solución sería resignificar al niño como sujeto de derechos y así, distinguir un sistema de protección que no tenga que ver con la lógica penal de ningún tipo (para niños víctima o desamparados) y uno sancionatorio o penal atenuado (para jóvenes que han infringido la ley penal), sin eufemismos (entre muchos otros posibles, véase HELFRICH, 2002). La triste experiencia internacional sobre la suerte de los sistemas sancionatorios a jóvenes infractores y sobre todo la resistencia de muchos de los actores involucrados ha frenado en Argentina la segunda parte de esta reforma (una ley penal juvenil de alcance nacional), sin embargo, tanto a nivel de la protección como a nivel procesal-sancionatorio podría decirse que la reforma también ha logrado ser mayoritaria. No se ha sancionado un código penal juvenil, pero a nivel nacional se ha sancionado la Ley 26.061, de Protección Integral, y la mayoría de las provincias ha reorganizado su justicia de menores en sistema penal juvenil, distinguiendo al circuito de la protección del circuito judicial penal juvenil.

Algunos de los profesores involucrados en todos estos procesos de reforma están nucleados en dos organizaciones de enorme peso político que junto con estudiantes, y jóvenes abogados trabajan en el análisis del sistema judicial y en propuestas de reforma (como son el Inecip –Instituto Nacional de

Ciencias Penales– y el Cels –Centro de Estudios Legales y Sociales–). Pero eso no es todo. A pesar de los conocidos y extendidos fenómenos de inflación penal, y de esporádicas oleadas punitivas, que hoy son comunes a todo el mundo occidental, se han sancionado las leyes de carácter y orientación indudablemente progresista y humanista más importantes de la historia del derecho penal argentino, como la inclusión de los pactos internacionales de derechos humanos en el cuerpo constitucional, entre ellos el pacto y el protocolo contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, etc.

En síntesis, la corriente humanista, progresista y democrática en la academia jurídico penal, que además se nutre de profesores muy activos y militantes, *ha ganado muchos espacios, y ha logrado imponer mayoritariamente muchas de las reformas que, se suponía, harían al sistema penal menos violento y más democrático.* Pero, como dice Pegoraro (2006), "el operador sociológico del sistema penal es no tanto el enunciado de la norma, sino su funcionamiento, digamos su aplicación o no aplicación ya que entre el enunciado y la aplicación o 'descarga' de la norma existe un 'espacio de mediación' cuyo observable es el funcionamiento concreto del sistema penal de la cual la norma forma parte". ¿Cómo se explica entonces que la constante observable del sistema penal que antes describiéramos? ¿Qué está fallando o en que hemos fallado? ¿Acaso no eran estos indudables puntos fuertes de la prédica humanista y garantista en lo penal? ¿Si no hubiéramos logrado todo esto, el sistema sería igual de violento, tal como es, o lo sería aún más? ¿Y aún si llegásemos a la conclusión de que el sistema sería aún peor, no estamos demostrando igualmente una dosis bastante fuerte de ineficiencia al poner tanto esfuerzo, tanta biblioteca, tanto debate, tanta clase, tanto seso y tanta pasión, para no terminar transformando sustantivamente nada "a favor" de un sistema más humanista, en lugar de simplemente *resistir* que sea aún algo peor?

La historia de los sistemas penales es pródiga en burlarse de las buenas intenciones. Tal vez, este divorcio permanente, esta dislocación estructural, origen de los resultados inesperados en las reformas jurídicas, sea una carga que el sistema penal arrastra desde su pecado original: mientras el Marqués de Beccaria tiraba abajo el viejo régimen y fundaba el derecho penal moderno, pensando en una función democrática del derecho penal y los castigos, liberaba el paso para un nuevo tipo de instituciones disciplinarias, que tomarían por asalto la realidad de los castigos, fundando la cárcel moderna como un régimen cerrado, donde se aplicaría un saber de dosificación técnica del dolor, muy lejos de la imaginación de Beccaría y los otros contractualistas (FOUCAULT, 1976).

Las medidas de control social "blando", supuestas alternativas al encierro, como la *probation*, el arresto domiciliario controlado por pulsera electrónica, y todos los medios atenuados de coerción o de castigo sin prisión, sirvieron en los 80 (y 10 años después en la periferia) no para reducir la aplicación de la cárcel y los castigos duros, sino que se sumaron a ellos, ampliando los alcances de la red del sistema penal de control social (COHEN, 1985).

En Estados Unidos, el movimiento en favor de los presos que no podían pagar la fianza impulsó la creación de perfiles sociales favorables de personas "confiables" (trabajo estable, vecino integrado a la comunidad, familia constituida), para que a pesar de no poder pagar su fianza, fueran excarcelados bajo palabra. En los 80, ese mismo "profiling" fue usado a la inversa, para establecer el grado de riesgo de ciertos delincuentes (los consumidores de drogas) y por lo tanto denegar cualquier tipo de excarcelación bajo ningún tipo de fianza (FEELEY, 2008).

A partir de los movimientos de deslegitimación de todo el complejo penal disciplinario, el grito de "nada sirve" (expandiendo en realidad la pregunta de MARTINSON, 1974) en los setenta en los contextos centrales, un grito de origen crítico y libertario, coincidió, sin poder verlo a tiempo, con el surgimiento del realismo de derecha, un movimiento que renegaba de todo tipo de criminología científica (GARLAND, 2004, capítulo III), apelando al sentido común para promover la mayor violencia estatal, y que termina teniendo éxito con la consabida fórmula de "tolerancia cero".

El sistema penal juvenil, "vendido" como la solución para las perversidades del sistema tutelar, como una vuelta a la lógica de los derechos, sin estar contaminados por el paternalismo del Estado, al establecer la responsabilidad juvenil por sus hechos, puede liberar la punitividad a los jóvenes, y permitir más altas tasas de encarcelamiento y penas más severas (véase sobre todo las advertencias de NIÑO, 2010 y PITCH, 2003, capítulo V, y algunas críticas más afincadas en contextos políticos en concreto en CORTES, 2007 y CIAPPINA, 2011).

En el caso argentino, institutos que suponían ser garantistas y propios de un sistema acusatorio más democrático, como el juicio abreviado (la negociación de culpabilidad y pena), introducido en 1997, no lograron ni bajar las penas ni favorecer una justicia más rápida para el imputado, sino que utilizados por los acusadores para presionar al imputado para una pronta clausura del proceso, terminaron siendo meramente extorsivos: el fiscal amenaza con una pena mayor si se va a juicio oral (los efectos represivos de la institución fueron tempranamente advertidos por ANITÚA, 2001). Los ejemplos no sólo

históricos sino actuales, abundan, en todos los circuitos judiciales del país (véase GUTIÉRREZ, 2010a).[4]

Decía Zaffaroni hace casi 10 años en su obra bisagra *Hacia un realismo jurídico penal marginal* (1992) resumiendo sus coincidencias filosóficas con Ferrajoli: "O el derecho penal sirve para contener limites o reducir un poder deslegitimado, o no sirve para nada". Pues bien, si esta es su única función válida, deberíamos entonces pensar que hasta ahora no ha servido para nada ¿Continuamos presos de aquel "voyeurismo impotente" que el mismo Zaffaroni (1992, p. 15) criticaba?

Sobre el funcionamiento de las agencias penales, decía el mismo autor que sabemos que en nuestro margen no funcionan conforme la legalidad "pero también sabemos que estructuralmente eso es una ilusión, porque nuestro desarrollo no es lineal y porque los mismos teóricos centrales nos avisan que los sistemas penales nunca funcionan como lo habíamos imaginado" (ZAFFARONI, 1992, p. 19).Sigue el gran autor: "Ante esto, continuamos con nuestro discurso jurídico-penal, del mismo modo que lo habíamos hecho antes, porque su perversidad es tal que nos impide desprendernos del mismo, dado que es el único instrumento con que el reducido poder de los juristas, puede pretender contener algunos excesos de los muchos que nos desbordan. Es una posición harto incómoda (...)" (ZAFFARONI, ob. cit.).

Pues, es cierto que la posición es incómoda, pero, creo yo, no es cierto que los juristas sólo tengan esta herramienta, ni que tengan un poder tan reducido. Tienen otra mucho más valiosa para el conocimiento sociológico y antropológico, una que cualquier sociólogo envidiaría. Como abogados, como operadores del poder judicial o de las otras agencias penales, *los abogados y juristas tienen una posición privilegiada interna que les permite conocer el funcionamiento real de esas agencias*, sus verdaderas formas de tratar los conflictos, de administrar a las personas, de constituir saberes, de negociar posiciones de poder, de crear discursos, y no en abstracto, sino en concreto, en cada caso, en el mismo momento de su funcionamiento, viendo a sus actores actuar. Nadie conoce tan bien como un juez o un abogado prácticamente la "cabeza" de una institución como aquella con las que trabaja. Nadie puede

4. En definitiva, podríamos englobar todos estos efectos perversos dentro de un gran fenómeno que Niño llama "la paradoja de los sistemas penales contemporáneos": "Los sistemas penales contemporáneos, creados para garantizar la incolumnidad de los Derechos del Hombre en convivencia, constituyen, en las antípodas de su misión, marcos bajo los cuales se perpetra una sistemática vulneración de esos mismos derechos" (1996, p. 108).

estar tan bien posicionado como para comenzar investigaciones empíricas que deriven en propuestas. El destino incierto y muchas veces contraproducente, por ejemplo, de una buena reforma legal en el uso tribunalicio, puede ser perfectamente anticipado por un juez o un abogado atento.

Sin embargo, en el mismo texto en que Zaffaroni nos desafía al realismo, pierde su huella, cuando, frente a tal objetivo, centra su respuesta en hacer una nueva dogmática penal propia, desde el margen. Si es cierto que las agencias penales tienen una forma de funcionamiento dada por condicionantes estructurales ¿por qué se piensa que esta forma de funcionamiento puede ser cambiada o incluso frenada desde el derecho? ¿No se dijo justamente, que no obedecen a la norma del derecho, sino a normas de funcionamiento propio? ¿Cuál es el grado en que el derecho puede influir ese otro sistema normativo no escrito, el de las prácticas institucionales? *La obra cae nuevamente en el formalismo, frente a una urgencia de realismo que él mismo había planteado.* El mismo curso han seguido muchos juristas críticos y reformistas.[5]

Terminar con un discurso jurídico de mera resistencia ¿no es una claudicación del impulso crítico? Parecería ser que los juristas humanista terminan por lograr las reformas que proponen pero no por lograr los objetivos de cambio estructural del sistema que aquellas reformas prometían cumplir. Y yo creo que hay varias razones para ello.

---

5. Por supuesto, la crítica se refiere estrictamente a la desconexión en la lógica interna de esa obra, pero como una sinécdoque del rumbo que en general marcará a todo el impulso crítico. En el mismo momento, Zaffaroni trabajaba sobre las estructuras judiciales, por ejemplo, en su conferencia en Ecuador de 1992 (publicada en 1994) sobre "la dimensión política de un poder judicial democrático", es decir, sobre cuestiones "reales" y concretas. Pero aun así, se trata de conceptos y de análisis generales, líneas de reflexión y propuestas que no estuvieron seguidas por (ni sustentadas en) investigaciones empíricas o de mediano alcance (empíricas conceptuales), más que el fruto de su experiencia y *expertise*. Es decir que los seguidores y lectores de la obra no han producido investigaciones empíricas sobre cómo esos problemas se manifestaban en las agencias en concreto (el poder judicial de tal país o provincia), que al relocalizarlas y poner a prueba sus intuiciones, sirvieran para crear análisis, categorías y conceptos propios que ayudaran a una reforma. Más bien se trató de repetir sus propias observaciones generales, como si fueran un punto de llegada y no un punto de partida. En el año 2003 Zaffaroni continúa marcando rumbos analíticos y observaciones políticas sobre el problema de la organización judicial. En estos 11 años se ha generado escasa, si es que alguna, investigación sociológica sobre el poder judicial, sea sobre las observaciones e hipótesis que él plantea o sobre otras, que vayan más allá de una crítica política, que sean una análisis científico y situado (la excepción viene de la mano de las antropólogas y antropólogos de la Facultad de Filosofía, liderados por Sofía Tiscornia, es decir, por fuera del mundo de los juristas).

Como ya se habrá adivinado, uno los factores que, creo, debemos tomar en cuenta, es un *persistente formalismo*[6] de muchos los juristas humanistas para abordar una crítica al sistema penal (esto es, sostener que el problema radica en las *formas* y en los *discursos* del sistema penal); y *aun cuando la crítica parta del realismo, el formalismo subsiste a la hora de elaborar sus remedios*: se diagnostica un problema de prácticas institucionales y se prescribe una reforma del derecho.

Si quisiéramos ser más críticos, podríamos definir esta actitud constante de los juristas como *la pasión por la reforma legal* permanente, y el total olvido (a veces incluso, desprecio), por las reformas estructurales verdaderamente efectivas a nivel de las prácticas institucionales. La contrapartida, es, en los jóvenes abogados brillantes, discípulos de estos grandes profesores, una cierta actitud militante en favor de la modificación permanente de la normativa, y el posterior desentendimiento que esas reformas tienen en las prácticas concretas, en el observable del sistema penal (justamente en sus rasgos inhumanos, injustos o desiguales más urgentes y alarmantes). Este tipo de pensamiento formalista predomina en aquello que Binder (2011) llama "la cultura jurídica".

Nuevamente, para continuar con el ejemplo de Zaffaroni y su propuesta de un realismo penal marginal, después de sus afiladas palabras contra el

6. En lo que aquí llamo "formalismo" incluyo los dos fenómenos que Binder (2011) llama conceptualismo y neutralidad. A mi juicio, tanto ellos como el "ritualismo", que este autor también analiza, son todas características de un cierto pensamiento jurídico "formalista" en general. El conceptualismo es para este autor centrar los debates sobre los conceptos, sobre la naturaleza jurídica de ciertos objetos, sobre detalles clasificatorios de ubicación de elementos en métodos arbitrarios, que la academia jurídica coloca en la agenda, y que tiene el efecto de "alejar la consideración del derecho del juego de intereses". Luego, sobre la neutralidad afirma que: "Amparándose en el principio de 'igualdad', que ha sido constitutivo del discurso jurídico de la modernidad, se ha podido ocultar intereses bajo la 'mascara' de la neutralidad (...) la pretensión de igualdad completa de las revoluciones burguesas y de la cultura contemporánea ha aumentado el uso y el valor simbólico de la idea de neutralidad. Los abogados, en consecuencia, manejan una de las más eficaces máscaras del interés en la vida moderna que consiste en ocultarlo mediante formas jurídicas neutrales, en la formulación de leyes y reglamentos o de decisiones judiciales. El uso de ficciones tales como la 'sociedad', el 'orden' o valores inasibles como la paz social, la justicia, la 'moral' o el uso equívoco del vocablo 'el derecho' como expresión de un valor, son todas manifestaciones concretas del fraseo de la neutralidad, que potencia los intereses sectoriales y, al encubrirlos, los protege. De este modo se produce una de las principales paradojas del derecho en la modernidad: su mayor fuerza, que es la igualdad generalizada de sus promesas, se convierte en su mayor debilidad, ya que los procesos sociales y políticos rara vez resisten o cumplen esa promesa".

voyeurismo impotente y la necesidad de introducir el realismo en la teoría dogmática jurídica, el remedio de Zaffaroni (1992, p. 15) es no legitimar el poder penal, es decir, formular una teoría operativa del cuándo castigar que no legitimara filosóficamente el poder de castigar en sí mismo. Nuevamente el diagnóstico es sobre las prácticas y la propuesta es a nivel del discurso. La apuesta es (en el buen y en el mal sentido), *romántica*, incluso *heroica*, casi tanto como condenada al fracaso, si su objetivo es la transformación real del sistema penal.

En definitiva, los juristas y criminólogos críticos somos muy conscientes que el problema está en las prácticas institucionales, en factores estructurales del sistema penal, en condicionante que van más allá de la voluntad de los operadores, sin embargo, a la hora de formular propuestas no vamos mucho más allá de las disputas filosóficas sobre la legitimidad del derecho penal, la lucha discursiva y las propuestas de reforma normativa. Hay una evidente desconexión entre los niveles de diagnóstico y prescripción, que tiene que ver con nuestra particular formación jurídica, que en parte, nos enseña a pensar que *para tener una buena sociedad es suficiente tener un buen derecho*, o *que una buena forma construye una buena sustancia*. Eso es falso: para tener una buena (o *justa*, o *humana*) sociedad hay que construirla con políticas de fondo, y, *además*, con un buen derecho.

Conozco personalmente y aprecio sinceramente a muchos de los jóvenes abogados que pugnan cada vez con más presión por reformar *el derecho* aún en una dirección más progresista y humanista, incluso abolicionista.[7] Mi llamado de atención es que *el progresivo desacople entre un derecho cada vez más progresista y unas instituciones, que en sus prácticas permanecen, en el mejor de los casos, iguales* (en el peor de los casos, cada vez más represivas), *genera un efecto perverso, puesto que convierte a la discusión jurídica en algo cada vez más abstracto y formal, permitiendo a las agencias del sistema penal valerse de ella, montarse en ellas, incluso, para encubrir la persistencia de sus prácticas, acomodando sus discursos de presentación pública*. Cuando no se pone

7. Binder (2011) explica este fenómeno de la siguiente manera: "La enseñanza del derecho puede fluctuar entre el mero saber forense y la transmisión de la práctica del papeleo o la visión notarial, al tiempo que los profesores más calificados, en términos generales, proponen a los alumnos un estudio teórico tan alejado de lo que ocurre en los tribunales y con tan poco capacidad explicativa acerca de ese transcurso que, sumado a un tono emocional de descreimiento acerca de lo que podemos esperar de la ley y los tribunales, terminará generando un tipo de saber escolástico y escéptico acerca de lo que podemos lograr con el derecho como instrumento de convivencia".

el esfuerzo en asegurar los nudos y los lazos que atan las prácticas sustantivas al derecho, y en su lugar, sólo se hace girar cada vez más rápido al derecho, muy probablemente se facilite que esos lazos directamente se corten, y que el derecho funcione sólo como el recubrimiento, como una nueva superficie discursiva de las viejas prácticas.[8]

Una especie de reconocimiento a esta distancia entre voluntad normativa y saberes prácticos se ve actualmente en la proliferación de "Protocolos de Actuación" y "Guías de Buenas Prácticas". Si bien son un paso adelante, pues tratan de pasar de la gran normativa a las recetas prácticas, fijando protocolos de actuación concretos, no dejan de ser un aporte desde lo normativo.

En rigor de verdad, la propuesta por poner el ojo en las prácticas y en sus condicionantes estructurales tiene que partir de observaciones e investigaciones empíricas que expliquen por qué esos condicionantes son estructurales. ¿Ciertas prácticas de tal institución, aparentemente defectuosas, cumplen alguna función latente? Si es así, cabe hacer un análisis de las distintas partes de una agencia, su comportamiento, los resultados y efectos de ese comportamiento, que favorecen a los de otro sector, agencia, institución o grupo de actores.[9] Lo que nos lleva a un segundo nivel de análisis ¿cómo es el entramado de actores e intereses que se ponen en movimiento cotidianamente en un determinado sistema? (GUTIERREZ, 2011c) Por ejemplo, en el caso de una reforma procesal ¿hay alguna relación política entre jerarcas policiales y magistrados que permitan su funcionamiento "en red", resistiendo una reforma o acomodándose a su discurso para mantener sus prácticas? (por poner sólo una de las varias posibilidades que se abren). Y si estableciéramos

8. Así lo explica Binder (2011): "Vivimos una época de proliferación de las promesas jurídicas y, como contrapartida, de debilitamiento social de la moral y la política; la juridificación de los conflictos conlleva su despolitización o su invisibilidad moral. De ese modo, se evita las tensiones del debate moral y político mediante una vaga remisión a su carácter jurídico, lo que sólo significa que el asunto quedará oculto tras el fenómeno masivo del incumplimiento normativo. En este sentido, la inflación legislativa produce una desarticulación y un debilitamiento no sólo de la ley sino del debate moral y político de la sociedad."

9. El concepto de "función latente" en Merton es complejo y da muchas claves para iniciar investigaciones empíricas con él. Sin embargo, usualmente en criminología crítica es utilizado como un concepto de derivación, no instrumental. Derivamos a él la explicación de ciertos fenómenos, como si con ello ya los explicáramos. Entiendo que la intención de Merton no es esa, sino, al contrario, construir un concepto que facilite la investigación, en varios niveles, de agencias y fenómenos sociales, no que sea su punto de llegada.

que, en efecto, cierto defecto aparente, en realidad se sostiene porque cumple "funciones latentes" ¿cuál es la fuerza de persistencia, cuál es el poder del efecto de "coerción estructural" (MERTON, 1992, capítulo III)? ¿Se puede extirpar esa práctica viciosa sin generar un "sustituto funcional" equivalente, tal como Merton advertía? ¿Para hacerlo, no hay que desanudar el entramado de intereses que se nutre de esa función latente, o generar un cambio estructural general? ¿Por qué es posible que estas estructuras generen estrategias adaptativas frente a los intentos de reforma? ¿acaso no debe hacer una red social y una voluntad política difusa que permita o impulse estas estrategias adaptativas? Sin dudas, estas respuestas sólo pueden darse a partir de la investigación empírica de las agencias en concreto, y en cada contexto sociopolítico en concreto. Pero son investigaciones que demandan comenzar ya, si es que queremos llevar a cabo políticas efectivas de reformas prácticas.

3. EL DERECHO COMO *FIN* O EL DERECHO COMO *INSTRUMENTO*

La breve reseña hecha más arriba sobre los principales argumentos esgrimidos en la lucha por renovar la teoría del delito es la más gráfica para señalar una cierta forma de pensar las reformas jurídicas como políticas criminales que domina en la academia que hemos denominado "formalista". En rigor tiene cierto parentesco con el pensamiento mágico (pensar que por la manifestación de la mera voluntad legal, la realidad va a cambiar). Otro rasgo de este formalismo, lo hemos señalado, es pensar un "buen derecho" como un punto de llegada. Así, un buen derecho es un buen derecho independientemente de en qué contexto funcione. Y en todo caso, como ya observara Binder (2011) se echará la culpa a la realidad o a las instituciones del defectuoso funcionamiento de ese que en las formas, es, indiscutiblemente, un buen derecho.

Nuevamente sobre el caso de la dogmática: Hoy hay en la academia argentina una revalorización de los viejos profesores y autores liberales como Sebastián Soler (por ejemplo, nuevamente, BINDER, 2000), que habían quedado sepultados en el olvido de la enseñanza, bajo el anatema lanzado por los finalistas contra los causalistas en general. Pero en su momento, durante los años 80 y 90, muy pocas voces progresistas o garantistas se alzaron para discutir los fundamentos y razones que el finalismo esgrimía para desbancar al causalismo (es decir, su supuesta afinidad "nazi" o autoritaria). Quiero decir, como se entendía que efectivamente el finalismo era mejor, o menos autoritario, no se planteó mayormente, cuestionar que los fundamentos contra el causalismo que antes reseñamos eran falaces o abiertamente erróneos. En

parte porque se quería apoyar a aquellos que sustentaban esa crítica, porque en efecto, eran profesores renovadores y democráticos, en parte porque sí se creía en el origen y estirpe supuestamente más garantista del finalismo. Pero curiosamente nadie sometió al finalismo al desafío de probar su eficiencia reductora en los hechos. Aun probando que el causalismo fuera autoritario o nazi en su origen o en su deriva (tal la implicancia de la errónea acusación), nada prueba que el finalismo fuera más garantista en su aplicación en abstracto. Pero aún más, aunque demostrásemos que resolviendo casos de estudio, en abstracto, en efecto, fuera más "reductor", nunca se lo sometió a esa idea a la prueba empírica: ¿en qué casos en concreto, alguna persona real, algún caso con nombre y apellido, que fuera condenada con la teoría causalista no lo sería por la finalista, o sería distinta la pena? ¿Qué porcentaje de condenados de las decenas de miles que manejan nuestros sistemas penales se salvaron gracias a este cambio de escuelas? ¿A cuántos justiciables, de los millones que somos, se ha "salvado" de la persecución penal gracias a que ahora la mayoría de los juristas y jueces son finalistas? Todos sabemos la respuesta, si es que hay algunos, ni siquiera llega a ser una cantidad mesurable. En definitiva, entonces ¿qué es lo que haría más garantista al finalismo si no cambia ni una pequeña pizca de la manifestación real y observable del sistema penal?

Aquí encuentro dos razones que pueden explicar por qué, efectivamente, es más garantista, pero ninguna de ellas tiene que ver con sus funciones manifiestas: (1) el finalismo sirvió para que una nueva oleada de profesores en la época democrática cuestionara el saber de los viejos profesores, colocándolos como portadores de un saber viejo y peligroso, ofreciendo en su lugar uno más moderno y progresista; entonces; (2) al defenderlo reivindicamos simbólicamente y damos prestigio a autores que no han sido "manchados" teóricamente con el nazismo (o en el caso local con regímenes autoritarios militares, pues he ahí el verdadero sentido de la acusación: el causalismo seguía siendo la teoría que los juristas y profesores del régimen militar seguían enseñando), y, por el contrario, avalamos a quienes representan la reconstrucción democrática posterior a él; (3) por esta vía, indirectamente y, reforzamos la deslegitimación al autoritarismo y defendemos a los pensadores democráticos (sólo dentro del particular mundo de la academia jurídica, pues las asociaciones conceptuales que se tejen son tan complejas que de allí no trascienden); (4) que, como reflejo de lo anterior, también una determinada teoría en un determinado contexto socio político es la presentación y ariete de entrada de un tipo de profesores (en este caso demócratas) en nuestros países, que además portaban consigo un saber crítico penal en otras cuestiones:

habían integrado el discurso de la criminología crítica, y con él abrimos paso al jurista-criminólogo crítico.[10]

En los 80 y 90 el causalismo era el sistema *enseñado por* –y por lo tanto representaba al *saber de*– los profesores que habían quedado comprometidos con las épocas pasadas, dictatoriales o autoritarias. Se logró imponer esta representación, pero esto tuvo que ver con las dinámicas políticas generales trasladadas al ámbito académico, con las reglas propias de ese campo. Es decir, que el finalismo fue el vehículo una importante revolución garantista en la academia, aunque como teoría no sea estrictamente más garantista.

En rigor de verdad, fuera de la academia, sobre el sistema penal real, no impulsa per se una política criminal menos inhumana. *No cambia el observable del sistema penal respecto de los justiciables, de los juzgados o condenados, no influye sobre el producto final del sistema penal*, más que por el cambio de orientación ideológica que promueven en general los juristas a los que ha permitido ascender.

En este caso, así como en los otros, lo que ha motorizado este apasionamiento por la reforma legal y lo que ha conseguido, no es una política más humana, sino un cuerpo de profesores más comprometidos con el estado de derecho y la democracia, que reclaman o proponen una política más humana.

El caso de la teoría del delito (y sus discusiones sobre si se la asocia con el neokantismo, con la socialdemocracia o con el funcionalismo sistémico conservador) representa con claridad cómo el jurista garantista suele pensar los méritos de su propuesta en función de proclamar una cierta *génesis* garantista de su escuela, y una consecuente necesidad de cuestionar a otra corrientes interpretativas. Y, de forma no del todo inconsciente, con esta propuesta pelea espacios de poder en la academia, y desde allí de la judicatura. Desde estos espacios se impone o se lucha por imponer ciertos símbolos relevantes a nivel político general, como "qué es" o "qué debe ser" el derecho penal y el sistema penal, la seguridad, el delincuente, el castigo legítimo. Hay una dimensión política intra-académica, y una dimensión política fuera de ella, que hace particularmente al *entramado socio-simbólico* (tanto intra-académico como social en general): qué ideologías apoya "El Derecho", cual es la forma "correcta" de pensar el derecho penal, y por tanto qué es y cómo debe manifestarse el "Estado de Derecho".

---

10. Como se ve no sigo una distinción tajante entre funciones "simbólicas" e "instrumentales" del derecho, como propone Novoa Monreal (1997, capítulo VII), pues lo que se plantea, en el fondo, es que la función simbólica es también instrumental.

Esto es un proceso político de renovación necesario y que debe ser celebrado, pero lo que no hay es ningún tipo de efecto reformador o transformador de la política criminal en concreto. Todas estas reformas son y fueron necesarias, y van en una dirección indudablemente garantista, pero al mismo tiempo se podría decir, *o bien son inocuas para transformar el comportamiento real y concreto de las agencias penales*, o bien, en el proceso de reforma, y aún en contra de la voluntad de sus impulsores, *en muchos casos habilitan institutos e instancias que son luego utilizados en la dirección absolutamente contraria.*

Debemos recordar una verdad básica, que sin embargo, olvidamos, por exceso de *voluntarismo* (una vez más asociado a aquel formalismo) cuando pensamos en las reformas penales: una vez que las cosas existen ya no somos dueños de su destino ni determinamos el uso que se le dé.[11] El origen de la cosa, la voluntad que la imaginó, el uso que se le imprime y su destino final, son fenómenos relativamente independientes. Esto no quiere decir que toda reforma pensada como humanista sea anti-humanista en su efecto, o que no debamos apoyarlas. Quiere decir que cuando las reformas son de naturaleza meramente formal y de utilidad meramente simbólica, no sólo son inocuas para el comportamiento observable de las agencias en concreto, sino que pueden terminar siendo aprovechadas por fuerzas superiores, por elementos determinantes en las estructuras de las agencias penales, que adueñándose de ellas las sometan a sus propias lógicas prácticas de funcionamiento.

Y gran parte de este problema, al que los juristas nos enfrentamos desde siempre, es por pensar, con la lectura propia de nuestra educación jurídica, un "buen derecho" como un punto de llegada, como un fin en sí mismo, o bien como el elemento clave que, de conseguirse, pondrá a funcionar al resto de los elementos sociales de la forma correcta por la misma mecánica natural de las cosas. Explícita o implícitamente, en esta concepción de un buen derecho como mero fin en sí mismo, subyace la idea liberal individualista de que gobernar es un mal mínimamente necesario, y, en verdad, sólo necesitamos "un buen derecho" para una sociedad de "buenos hombre" y para que la sociedad

11. Advierte Nietzsche en *Genealogía de la moral*, tratado II: "La causa original de una cosa y su utilidad final, su empleo efectivo, su clasificación en el sistema de causas finales son dos puntos separados por completo; una cosa que existe, una cosa que ha sido producida de una manera cualquiera es siempre llevada por un poder que le es superior hacia nuevos propósitos, siempre puestas a requisición, puestas y transformadas para un empleo nuevo... su uso puede ser una cadena ininterrumpida de interpretaciones y de aplicaciones siempre nuevas, cuya causa no tienen que ser si quiera ligadas entre ellas".

funcione "bien". Así, por este exceso de confianza en nuestra discusión jurídica, no se problematiza *cuál es el verdadero efecto de un determinado producto jurídico en la realidad de las instituciones, en el contexto social y político en general en el que trabaja*, más allá de su pretensión moral o pureza estética. No nos preguntamos, en general, cuál es la medida de la relación entre un buen derecho y una buena política, cuál es, en definitiva *el valor instrumental de ese buen derecho.*

Sin dudas, no podemos decir que el derecho tiene efectos inocuos o contraproducentes siempre que las prácticas son estructuralmente contrarias a él. Más bien, seguramente, el resultado depende de qué tipo de reforma estamos impulsando a partir del derecho, y en qué agencia, y cuál es la fuerza de persistencia de las prácticas que queremos desarraigar, y las formas de llevar a cabo esa reforma y la permeabilidad de este tipo de normativa para ser puesta en marcha con otro sentido por los operadores institucionales. De acuerdo a muchas variables que exceden a lo jurídico, pero que el jurista está en posición de conocer mejor que nadie, el peso del derecho como elemento transformador o creador de una política pública será variable: a veces un mejor derecho es indispensable para una mejor práctica institucional, a veces no, a veces ayuda mucho, a veces poco. *Con seguridad su valor instrumental será variable, pero con la misma seguridad nunca será suficiente.* Y he ahí parte del problema.

Es consecuencia de esta forma de pensar el derecho como un fin que se agota en sí mismo, que no existe una tradición de observar, mesurar y contrastar los efectos empíricos de nuestras propuestas jurídicas una vez que se hacen efectivas (una vez que ganan el debate académico, una vez que se transforman en ley etc.). Más allá de que los abogados no estamos entrenados para eso con el tipo de formación que recibimos, podemos nutrirnos de numerosas herramientas de las otras ciencias sociales para hacerlo (aportes desde la sociología, la antropología, la psicología, las ciencias políticas etc.).

Sin embargo, hoy por hoy, en la academia progresista *contrastar los efectos reales de las reformas penales que gozan de mucha adhesión con los objetivos propuestos originariamente es un tema tabú.* Está casi prohibido, por ejemplo, medir el efecto para los justiciables en general de un cambio al sistema procesal acusatorio; de un sistema penal juvenil que derroca a un sistema tutelar de menores; o de una teoría del delito socialdemócrata contrapuesta a una presentada como autoritaria.

Parece ser descalificatorio (y peligroso), decir, por ejemplo, que el sistema acusatorio, más allá de los papeles y sus conceptos, mucho más equitativos y democráticos, una vez inserto en el mundo judicial en concreto, se cobra tantas víctimas y el mismo tipo de victimas que el inquisitivo, y que de hecho,

también permite el mismo tipo de arbitrariedades, y que incluso, ha permitido con mayor facilidad institutos que han funcionado perversamente como el juicio abreviado y otros similares de abreviación o aceleración del proceso a costa de la vigencia de las garantías.

Lo que propongo en definitiva, es que, *a partir de la lectura de los efectos concretos, los juristas críticos tenemos que meternos en la discusión sobre políticas criminales* más allá de sólo poder decir sobre ellos si son más o menos jurídicamente compatibles, aceptables, o juzgarlos éticamente, *incorporando* las lecturas sobre los comportamientos institucionales (localizados y en concreto) que proveen las ciencias sociales.

¿Qué significaría dejar de pensar al derecho como un fin en sí mismo *exclusivamente*, para pensarlo *también* en su función instrumental? Primero, estoy seguro, significaría una herejía para los juristas, a pesar de que en las justificaciones jurídicas de cualquier reforma, siempre está presente (aunque pocas veces se lo presenta de esta forma) su naturaleza instrumental. Sería una herejía porque el campo intelectual de la academia ya ha sentado sus reglas de competencia sobre las bases del formalismo. Y una lectura en sentido contrario sería interpretada como una descalificación o como un cambio de las reglas de juego.

Pero, más allá de eso, en lo sustantivo, pensar en derecho instrumentalmente sería pensar las reformas penales como *políticas* públicas, y por tanto pensar a *la ley penal como parte de una política criminal*, no como una política criminal en sí misma, o como un derecho aislado, como un objeto estético que es necesario cuidar y embellecer. Así, una propuesta de reforma jurídica humanista o progresista no sólo debería someterse a un *test de coherencia garantista formal*, sino, sobre todo –y desde mi perspectiva aún más importante– *un test de eficiencia política como fórmula práctica, como la clave de una praxis reductora o correctora* del poder penal.

En tercer lugar, esto significaría comprender que *el derecho* siempre va a tener un valor instrumental, lo quiera o no lo quiera aquel que propone un determinado "derecho". Si no se lo sabe leer correctamente, muy probablemente, se esté permitiendo que las estructuras se apropien de ese arma, como hemos visto que ha ocurrido en muchos de los casos históricos antes citados.

Por este valor instrumental, diseñar una política criminal determinada (en nuestro caso, humanista) implicaría tomar a un "buen derecho" (en nuestro caso un buen derecho penal) no como una meta, sino bien como un punto de partida, o mejor, *un punto de apoyo*, para una transformación institucional de las prácticas, una herramienta para dar validez, legitimidad y fuerza coercitiva

a un proyecto de transformación que necesariamente excede lo meramente jurídico. Es decir, que una política criminal progresista o humanista efectiva debe plantearse cómo transformar estructuralmente a las agencias penales y como determinar sus *prácticas*, no sólo desde el derecho, sino sobre todo *desde todo lo otro que excede al derecho*, y que encuentra en el derecho su formalización, su legitimación, uno de sus vehículos. Así, fijado un fin cualquiera para nuestra política criminal "humanista" (que, por ejemplo, se proponga reducir la violencia institucional en las cárceles), debemos medir cuánto podemos ayudar a esta política desde lo jurídico, qué instrumento jurídico debemos lograr para apoyar o asegurar esta reforma, pero nunca pensar que será suficiente con la reforma legal y las posterior supervisión jurisprudencial, tal como solemos hacer.

4. LA VUELTA A UNA (INCOMPLETA) PERSPECTIVA DE DERECHOS

La cuestión de la cárcel sigue siendo el núcleo de las manifestaciones más brutales y usuales del sistema penal, aquella que a todo jurista humanista debe preocupar. La tensión entre lo penitenciario y el discurso moderno y economicista de las garantías jurídicas, entre la cárcel y los juristas, es tal vez el "pecado original" que arrastra toda la historia penal de los últimos 200 a 230 años (me remito, por supuesto, en primer lugar a FOUCAULT, 1976). Es decir, esta tensión y contradicción es el conflicto estructurante del sistema penal moderno, está en su mismo núcleo, y el funcionamiento disociado, cuando no directamente contradictorio entre las lógicas discursivas y prácticas de estas dos agencias penales, ya se ha establecido como la forma de trabajo del sistema penal. De allí, la disociación, el juego cínico entre teorías y prácticas se reproduce e intensifica en varios niveles.

Por eso es también el mejor ejemplo que grafica cómo el discurso jurídico hoy, frente a una persistencia que se propone modificar, se comporta de forma ineficiente: se presenta en efecto, a la defensiva, *como un discurso de resistencia*. Tal vez este discurso de resistencia haya tenido efectos en frenar algunas tendencias expansivas y más autoritarias de lo penitenciario, por ejemplo de la mano de los criminólogos positivistas. Pero, por otro lado, *nunca ha sido capaz de modificarlo* estructuralmente, al menos en el sentido que ser proponía. Así lo que definía antes como lo más característico del sistema penal moderno es justamente, que el jurista impugna y cuestiona por brutal al sistema penitenciario, pero lo sigue alimentando, y no sabe indicarle de qué otra forma proceder, peor aún, muchas veces ni siquiera se hace cargo de ser quien le entrega a esos cuerpos para que haga lo único que sabe hacer y lo que siempre

ha hecho. A la inversa, el sistema penitenciario aplica consistentemente sus saberes prácticos, acomodando sus discursos a las distintas críticas jurídicas según la época, pero nunca termina de ganarse la legitimidad que quien lo alimenta le niega. Así, ambos siguen funcionando, pero en permanente disputa con el otro.

Este es el ejemplo más grafico del espíritu de resistencia y crítica del mundo iuspenalista, espíritu *tan noble en sus pretensiones como poco efectivo en modificar la realidad que critica.* Por otro lado, es el mismo espíritu que lo libera de culpas y le impide pensar formas de cambiar lo que critica.

Una vez que el "nada sirve" en los años '70 mostró efectos que no se esperaban y que nadie quería, resultaba inviable volver a la utopía perversa de la resocialización, pero la realidad fue arrollada por la "cárcel-depósito". Se habían desmontado todos los dispositivos perversos de la criminología etiológica, pero al hacerlo se abrió el paso a la anticriminología represiva mal llamada "realista", y el pensamiento crítico tuvo pocos lugares a donde correr, salvo refugiándose en las seguras aguas del iluminismo, del primer saber penal garantista, y de alguna manera, rescatarlo y actualizarlo.

El giro de la criminología radical inicial, que se planteaba directamente revolucionaria, hacia el garantismo "neoclásico" (de Ferrajoli, de Zaffaroni, o de un Norval Morris, por ejemplo, en EEUU) hacia volver a plantear la discusión dogmática y de análisis normativo, sólo puede ser entendido como parte de este movimiento hacia la vuelta a la perspectiva de derechos. Muchos que eran tenidos por criminólogos críticos, como terminaron adhiriendo al movimiento de "pena justa" (*just desert*), como forma de evitar la caída al nada sirve y de deslegitimar al viejo sistema (véase cómo el discurso GARCÍA MÉNDEZ, 1992, 1996, sobre la responsabilidad y el valor positivo de la pena justa lo emparenta con lo que proponía el conservador VON HIRSCH, 1998). Todo ello alimenta lo que se puede denominar la "perspectiva de derechos". Se trata de una perspectiva que propone, simplemente, hacer efectivo aquel proyecto nunca del todo completado del iluminismo, tanto en su versión represiva como en su versión garantista-minimalista.[12] Sin embargo, en muchos casos (salvo por

12. Recuerdo como alumno una conferencia de Lolita Aníyar de Castro el año 2001, en la Maestría en Criminología de la Universidad de Lomas de Zamora que dirigían los doctores Luis Niño y Stella Maris Martínez. Ante la pregunta de que luego de la crítica generalizada al discurso penal como discurso burgués y selectivo y la propuesta de una "criminología de la liberación", volver simplemente a defender las viejas y clásicas garantías (del iluminismo, y por tanto, burguesas), no era un retroceso, la profesora Aniyar respondió que la diferencia era que estas garantías nunca habían

supuesto, los más lúcidos como Ferrajoli, y "el último" Zaffaroni), esta vuelta a los derechos se produce con un recorte liberal individualista, muy propio de la corriente cultural predominante de la época en la que el movimiento se desarrolla (durante el auge del neoliberalismo y en plena sociedad del *individualismo*, por ejemplo, BAUMAN, 2000). Es decir, se vuelve a rescatar la idea de "derechos" pero en la misma clave individualista en que se desarrolló en los pensadores principales del siglo XIX, como garantías negativas contra el Estado, que le imponen un "no hacer", un dejar hacer, y un sujeto de derechos exclusivamente individual.

La "perspectiva de derechos" es un movimiento correctivo que excede lo estrictamente penal. Así, hay una "perspectiva de derechos" para la niñez, para las cuestiones de género, para la protección de las minorías, para el ciudadano frente a la administración. etc. En general, podríamos definir la perspectiva de derechos como una forma de abordar los problemas de desconexión de las prácticas institucionales, "purificando" el sistema jurídico, haciéndolo volver a su forma original de derechos subjetivos como garantías contra el Estado, eliminando sus "contaminantes" disciplinarios, sistémicos, funcionalistas, estatistas etc.

Por ejemplo, las reformas que proponen sustituir el sistema penal de menores por el doble sistema de protección/sancionatorio de niños y jóvenes, apelan o están basados en una retórica de la perspectiva de derechos, es decir, de cambiar el enfoque de los jóvenes a un sistema sancionatorio (penal), en tanto éste le proveerá de garantías como imputado, que el sistema tutelar no le adjudica como tutelado (GARCÍA MÉNDEZ, 1992 y 1996; PINILLA, 2005).

Pero tanto en este caso, como en el caso de desarmar toda criminología etiológica en favor de la vuelta a una perspectiva de derechos, significó la vuelta a la idea del "individuo" plenamente responsable, facilitando por distintas vías lógicas e institutos procesales una enorme transferencia de responsabilidad por el resultado del proceso (por la condena o falta de ella) a las partes del proceso, y con ello, un aumento de la gravedad de las condenas (O'MALLEY, 2001; PITCH, 2003; GUTIÉRREZ, 2010a y 2010b).

Siguiendo con el ejemplo de la cárcel, un mérito incuestionable de esta perspectiva ha sido judicializar muchas de las potestades de la administración penitenciaria, mediante la figura del juez de ejecución (en general incluida en nuestros regímenes procesales en la década de los noventa), sin dudas esto

---

sido efectivas, y en cambio, lo que se proponía era que esta vez fueran verdaderamente efectivas.

implica un avance de la lógica de los derechos y las garantías de la *persona* por sobre la lógica opaca, cerrada y totalizante de las administración penitenciaria sobre los *internos*.

Pero, por otro lado, este discurso suele verse limitado a la crítica negativa ("esto *no* debe hacerse"), sin receta propositiva. A la vez que frena y cuestiona las tendencias totalizantes de lo penitenciario, si se contenta con ello, si se piensa que *judicializar* y *frenar*, es lo único que puede hacerse, sumerge en la inmovilidad el pensamiento crítico creativo. Y una vez más, reduce el problema penitenciario a una disputa por las garantías individuales. Esta reducción no sólo es un tanto falaz (cuando se naturaliza) porque olvida (y por lo tanto *invisibiliza*) que las practicas penitenciarias no son un ejercicio arbitrario de la brutalidad, sino un saber bien específico del sometimiento (GOFFMAN, 1973) un saber con mucha historia y mucho conocimiento técnico e incluso científico que lo sustenta (FOUCAULT, 1976), y que ese saber tiene que ser *reconocido* para ser *desarmado*. Sino que además reduce el problema jurídico-penal de la cárcel a un problema de garantías individuales, ignorando, de forma llamativa, cómo están activamente involucradas en toda cuestión penal problemáticas de déficit o activas violaciones de otros derechos humanos tan fundamentales como aquellos: los derechos sociales.[13] Los penalistas, por alguna razón, suelen entender que los derechos sociales no son parte de sus problemas.

Así, la perspectiva de derechos en la cárcel, básicamente ha intentado transformar el objetivo y función penitenciaria de la resocialización, tan criticado y deslegitimado, en un remedio para evitar una cárcel más brutal, repensándolo no como un objetivo penitenciario que debe imponerse en un proceso disciplinario a costa de las libertades del preso, sino más bien como un *derecho* que tiene el preso de poder utilizar. Este giro, a mi juicio, se basa en una temprana idea de Norval Morris en 1974 (MORRIS, 2001), de pasar del "tratamiento" al "cambio facilitado". Este cambio sería optativo, dependería de la mera voluntad del preso, y para ello se deben eliminar los efectos que lo atan a una liberación anticipada, eliminando el efecto perverso que la característica coercitiva del tratamiento imprimía, en gran parte causante de sus fallas. Morris parecía estar pensando, básicamente en lo que serían las terapias psicológicas.

13. Llamaré así, genéricamente a los Derechos Económicos Sociales y Culturales (Desc), como los reconocidos por Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), de 1966 y los instrumentos normativos en similar sentido. Básicamente se trata del derecho al trabajo, a la salud y a la educación. Pero como correlatos de ellos, a la seguridad social, a la vida familiar, a un nivel de vida adecuado, a la salud, a la educación y a la participación en la vida cultural.

Su objetivo era volver a la idea de responsabilidad penal, sepultando todas las perversiones correctivas en la ejecución de la pena.

Por otro lado, el cambio de enfoque en esta concepción también se facilitó por la particular situación jurídica de los presos en prisión preventiva, problema acuciante en América Latina, y su derecho a una situación "no peor" que el preso condenado. ¿Cuál era la situación del preso sin condena respecto del tratamiento correctivo, si no había pronunciamiento judicial que lo definiera como delincuente? El preso preventivo no debía ser sometido a tratamiento. Sin embargo, el tratamiento está basado en una dosificación de derechos que se van otorgando progresivamente, y el preso preventivo no debería gozar menos derechos que el preso declarado culpable, pues es jurídicamente inocente. Por ello, acceder o no al tratamiento debe ser para el preso preventivo un derecho que puede solicitar o no (así, en Argentina se ha reconocido finalmente en el Dec. 303/1996, que se incorpora a la Ley Nacional de Ejecución 24.660, que aunque reconoce la influencia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, lo justifica también en objetivos de seguridad ciudadana y resocialización). He aquí como la función tratamental-correccional, por presión de la misma lógica jurídica, es convertida en algunos casos en un derecho (del que se puede hacer uso o no según la voluntad del preso). Y esto facilita un cambio de mirada general al respecto, similar al que proponía Morris. Así ha avanzado, la perspectiva de derechos respecto del tratamiento correccional.

Baratta (2004, p. 381), iba un poco más allá y entendía que debían "ofrecerse" servicios para proveer a esa reintegración. Estos servicios (sanitarios, psicológicos, laborales), debían continuar dentro y fuera de la cárcel como "ejercicio de un derecho ciudadano" (BARATTA, 2004, p. 382). Sin embargo, una vez más, la propuesta de Baratta, que a mi juicio parecía fértil, ha sido abandonada. No sólo en la práctica (que siempre está atravesada por una complejidad de intereses frente a los cuales no siempre se puede hacer frente), sino también a nivel teórico: no se le ha dado centralidad. Ni en las discusiones jurídicas ni en la "penología" se han discutido en foros relevantes las posibilidades de su alcance (como excepción, NIÑO, 2002).

Yo creo que no ha sido así básicamente porque Baratta está proponiendo un cambio de mirada más allá del debate juridicismo/correccionalismo, o garantías (individuales)/tratamiento, incorporando otras concepciones, de gobierno, de políticas de gobierno en general, de derechos sociales. Y en perjuicio de esta propuesta, podemos observar otra tendencia propia de la cultura de los penalistas, que es la confianza en la *autosuficiencia de su saber*. Este rasgo, por supuesto, está relacionado con el que llamamos antes "formalismo", puesto que en definitiva, implica pensar que un penalista no tiene que saber más que

mucho derecho penal para saber cuál es la solución a los problemas penales (sin poder ver que la solución puede venir desde las prácticas o aún, desde otras ramas del derecho u otras lógicas de gobierno). Pero específicamente con "autosuficiencia" quiero referirme a la clausura que los penalistas hacen de su saber respecto de otras disciplinas y de los otros saberes jurídicos, no solo mediante la opacidad de sus fórmulas y la complejidad de sus (¿nuestros?) abstractos debates a veces rayana en lo absurdo, sino también mediante la ausencia de debates, reflexión y producción académica sobre las relaciones entre el derecho penal y los "otros derechos", y cuanto de su mirada (sobre todo de las miradas amplias sobre los derechos humanos) podría favorecer, destrabar y fertilizar felizmente las discusiones de los penalistas con nuevas ideas.

Este es el segundo movimiento que propusimos al comienzo, el de ampliar la mirada, prestando atención a la periferia, a lo que está ocurriendo en los bordes del sistema penal y del derecho penal. Aquí me centraré en uno de esos posibles movimientos con algunos ejemplos.

5. INCORPORAR LOS DERECHOS SOCIALES A LA PERSPECTIVA DE DERECHOS

La contracara del formalismo jurídico que antes criticamos, es el individualismo como forma básica de pensar los derechos, individualismo que presupone una igualdad radical en la naturaleza de los sujetos. El problema del individualismo es que invisibiliza los procesos sociales y políticos que son necesarios para "crear" ese derecho. Y encubre, por tanto, las diferencias reales entre poderes y posiciones sociales de los individuos, a quienes se distribuye desigualmente las posibilidades reales de hacer efectivos esos derechos individuales.[14] Una vez más viene como advertencia aquella famosa frase

14. Véase Baratta (2004, p. 361 y ss.) que lo categoriza como el "mito de la igualdad" en el derecho penal. Nuevamente, el problema del formalismo y el individualismo en la concepción de la ley penal tiene una afinidad electiva y funciona como presupuesto mutuo con lo que Binder (2011) llama "conceptualismo": "Por un lado, produce un tipo de teoría que oculta los problemas reales y hasta los menosprecia en cuanto ignora que en el ámbito del derecho todo problema es un conflicto de intereses antes que un conflicto de interpretaciones; en segundo lugar, genera una 'agenda' de problemas totalmente ficticia que se ha alimentado con todas las formas de colonialismo intelectual y la adhesión a modas superfluas, tan comunes en nuestra región; y, en tercer lugar, es una de las herramientas centrales del adiestramiento en una cultura jurídica que puede convivir tranquilamente con la debilidad selectiva de la ley sin que ese fenómeno –esencial del campo jurídico– roce siquiera la producción

de Anatole France que gusta a la criminología crítica, sobre que *la ley, en su magnífica ecuanimidad, prohíbe por igual a los ricos y a los pobres dormir bajo los puentes.*

Ese sujeto que se supone libre y que es la clave del sistema penal de garantías, es en realidad un sujeto construido históricamente, por un proceso institucional, de técnicas de gobierno y de soportes colectivos que lo construyeron como sujeto autónomo, correlato de la idea de "libertad" individual. Es falaz pensar que el sujeto garantizado por los derechos individuales, es un presupuesto *previo* al *sujeto social* (y por otro lado, es una forma de pensamiento liberal individualista que cada vez más se aleja del pensamiento humanista que aquí queremos proponer). El sujeto social y el sujeto individual, las garantías y los derechos sociales no pueden entenderse el uno sin el otro. Un derecho de garantías sin derechos sociales solo provee a una libertad formal que no puede hacerse efectiva, puesto que los procesos sociales que hemos cristalizado como "derechos sociales" son los soportes (y condiciones de posibilidad) de esa subjetividad a la que asignamos irrestrictamente derechos individuales fundamentales. Los derechos individuales entendidos sustantivamente, efectivamente, presuponen un intercambio y un soporte mutuo permanente con los derechos sociales, que son los que determinan cómo se distribuye realmente esa libertad formal. Si no se entreteje unos con otros, las garantías individuales son meras declamaciones carentes de efecto (y aquí se ve cómo, el tema está directamente relacionado con formalismo), que encubren las diferencias de poderes y posiciones en el orden social, y por lo tanto, las diferencia efectivas en la posibilidad de los derechos subjetivos individuales.

Yo creo sin embargo, que por distintas vías vemos asomarse al mundo crítico penal a las propuestas "realistas" por la vía de la incorporación de los derechos sociales al análisis penal. Citaré sólo tres ejemplos, sin pretensión de exhaustividad, y como forma de graficar vías por las que este cambio de concepción parece estar avanzando:

a) A nivel de la teoría de la interpretación legal: teoría del delito, realismo y derechos sociales.

Así como los contextos posmodernos han dado emergencia al fenómeno de la "inseguridad" como clave para pensar el orden en clave autoritaria y a partir de la seguridad individual, ha emergido, también en el mismo contexto el concepto de "vulnerabilidad" para explicar, en sentido contrario, la

---

intelectual o produzca una interpelación moral o política de magnitud que supere el escepticismo o la indignación personal."

victimización de los más pobres ante los factores estructurales que determinan esa pobreza. Si la "inseguridad" reduce el problema de la victimización a la seguridad personal, la vulnerabilidad, amplía el concepto de pobreza al de la potencial victimización y hace entrar en el juego a factores estructurales del orden social, aglutinando una serie de factores que admiten varios recortes conceptuales según el uso de la categoría: falta de acceso a servicios básicos como el agua potable, las cloacas, a la educación, a una vivienda digna, a la estabilidad, a la salud, mayores posibilidades de victimización ante los delitos y menores posibilidades de resistir los efectos destructivos de esos delitos etc.

Zaffaroni, en su nueva propuesta de teoría del delito (2001) utiliza esta misma palabra para hablar de *vulnerabilidad frente al sistema penal*, suponiendo que frente a menor vulnerabilidad frente al sistema penal (particularmente por el estereotipo de su autor), mayor esfuerzo delictivo debe hacer efectivo esa persona para ser captado por el sistema penal (p. 1054 y ss.). Y a la inversa, mayor vulnerabilidad, menor esfuerzo. Y en base a este agregado, propone ajustar la pena. Pero la vulnerabilidad en sentido amplio puede ser entendida en proporción directa a la violación de los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Incluso puede establecerse de acuerdo a grados de violación de estos derechos. Podríamos avanzar en esta línea, y comenzar investigaciones empíricas y reflexiones sobre la relación entre vulnerabilidad social y vulnerabilidad penal, indicadores de vulnerabilidad, incluso ajustados a cada tipo de delitos etc. En fin, si se desarrolla este concepto de la "vulnerabilidad penal" como parte de la vulnerabilidad social, podría darse a luz un corpus científico que sirviera luego para dar herramientas en concreto, para "ajustar" un poco la selectividad penal, para iniciar litigios estratégicos y forzar una jurisprudencia "ajustada" a este criterio, basada en datos duros y producciones teóricas firmes. Ello aún no se ha hecho, y encuentro que es un camino fecundo a seguir.

Este es, a mi juicio el aporte más relevante y revolucionario en su nueva teoría del delito, la primera gran jugada maestra en donde, por fin su "realismo" y sus herramientas criminológicas son integradas a una formulación teórica con sentido reduccionista y correctivo. Curiosamente, y tal vez por lo señalado en la primera parte, es uno de sus aportes menos continuados e investigados.

b) A nivel legal y práctico: derechos sociales en la cárcel.

Justamente, la cárcel, una vez más como centro que condensa gran variedad de los problemas del sistema penal, sirve para demostrar cómo, pensar en clave de derechos sociales, integrar esa clave a nuestro saber penal, puede ser rupturista y hasta casi revolucionario en la forma de pensar en políticas criminales, sobre todo si lo que nos interesa es que sean más humanistas.

Baratta insistía en el principio político de apertura de la cárcel a la sociedad y de la sociedad a la cárcel (2004, p. 380). Hoy asistimos, por el devenir de las relaciones sociales, a un indudable proceso de purificación de los muros de la cárcel que puede tener efectos tanto negativos (extensión de las relaciones y la cultura carcelaria hacia la vida exterior) como positivos, si los sabemos aprovechar (ingreso de otras lógicas y formas de relaciones al interior de lo carcelario). Los muros de piedra no han logrado sostener la legitimidad de las viejas fórmulas penitenciarias, no logran contener la revolución en las comunicaciones y ni siquiera cortar el continuum cultural carcelario que se teje entre el adentro y el afuera. La institución carcelaria sigue en crisis de legitimidad discursiva (no encuentra una fórmula válida, como antes era la resocialización), pero tampoco la mera crítica penal le puede señalar un rumbo, más allá de su imposible, o al menos lejana, desaparición. Como dice Baratta: "La cuestión carcelaria no puede resolverse permaneciendo en el interior de la cárcel, conservándola como institución cerrada. Porque el lugar de la solución del problema carcelario es toda la sociedad" (2004, p. 393).

En este proceso de actores deslegitimados y paralizados, llegan otros a hacerse cargo de problemas que tradicionalmente eran reservados para los penalistas: en el año 2006 en Argentina se dictó la nueva Ley Nacional de Educación (26.206). En ella hay un capítulo dedicado a la educación en contextos de encierro, que coloca a la educación en cárceles como un derecho humano, relacionado con el desarrollo integral y con todos los otros derechos económicos sociales y culturales, y puesto bajo la órbita y responsabilidad del Ministerio de Educación. Por supuesto, este cambio de perspectiva implica "arrancar" a la educación de la lógica totalizante del "tratamiento" penitenciario, colocándola como un derecho cuyo goce no puede someterse al criterio correccional. Para apoyar el cambio se inició una serie de encuentros con docentes en cárceles en todo el país, para su formación en diversos ejes de esta problemática y luego, con estos docentes se lanzó una carrera de posgrado de educación en contextos de encierro, que en un futuro será habilitante para dar clases en cárceles. Al mismo tiempo se inició una serie de acuerdos con los Ministerios de Educación de cada provincia para replicar la carrera, y con los Ministerios de Seguridad (y una consecuente *negociación* y *proceso de convencimiento* con los directores de los servicios penitenciarios), para involucrarlos en este cambio de perspectiva en el interior de las cárceles, proceso que continúa el día de hoy.[15] Mediante este proceso se está intentando lograr que los servicios

15. Curiosamente, la norma pasó absolutamente inadvertida para los penalistas, incluso los académicos que se encargar de cuestiones de la cárcel, hasta que no se la "recepcionó" es una ley de naturaleza estrictamente penal, la Ley 26.695 de este

penitenciarios "suelten" la prestación del servicio educativo, que lo liberen de la carga y condicionamientos del "tratamiento" penitenciario, y finalmente que una cosa no depende de la otra, que el derecho (la educación) no quede sometido a las necesidades disciplinarias penitenciarias.

Otro indicio en ese sentido es una serie de acuerdos que firmó en el año 2010 el Ministerio de Justicia con el Ministerio de Trabajo, para la llegada de planes laborales por vía del Ministerio de Trabajo a las unidades del Servicio Penitenciario Federal.

Si el cambio es exitoso, podría pensarse en llevar esta lógica al extremo e imaginar un avance de todos los ministerios y áreas de gobierno encargadas de las políticas sociales sobre lo carcelario, vaciando de sentido el discurso resocializador, pero no para dejar en su lugar una cárcel depósito de mera contención, sino transformando a la institución penitenciaria en un lugar de articulación de políticas sociales universales. Esto implicaría que el servicio penitenciario seguiría con una función de control interno e incluso de proveer al "cambio facilitado" (nuevamente, MORRIS, 2001; BARATTA, 2004, p. 383-389), pero principalmente su función sería la de asegurar la llegada de las áreas de gobierno encargadas de la promoción y protección de los sujetos por la vía de los derechos sociales.

A nivel ideológico incluso, este cambio político implica dejar de considerar que la cuestión penal, y específicamente la ejecución de la pena en la cárcel deje de ser únicamente una cuestión de debate entre resocialización versus garantías y derechos individuales, para que la idea de construir o sostener un sujeto de derechos encuentre su base en la provisión de derechos sociales. Es decir, que los derechos sociales no quedan subordinados al cumplimiento prioritario de los derechos individuales, sino, que ambos deben ser interpretados como soportes mutuos.

En definitiva: una perspectiva de derechos sociales en el sistema penal, en este caso, significaría entender que los derechos sociales de los presos (que, claramente no son afectados jurídicamente por la pena), no deben estar en función del propuesto objetivo resocializador, sino que deben ser garantizados

---

año 2011, que modifica la Ley Nacional de Ejecución de la Pena. A nivel técnico volver a incluir este derecho en la ley de ejecución fue sólo una redundancia. Sin embargo, para que la modificación tuviera relevancia en la "cultura jurídica" penal (y por lo tanto, fuera aceptada), debió hacerse de esta forma. El caso es gráfico del cerramiento de los penalistas al conocimiento de toda la normativa no penal que influye (o debería influir) en lo penal.

y sobre todo proveídos, en la misma medida, al menos que a aquellos que están fuera de la cárcel. El correlato de no recordar que los derechos sociales siguen vigentes en los presos, aun los penados, es que las políticas públicas de protección y promoción de esos derechos, por la misma "misteriosa" razón que hace que lo penal sea entendido como un fenómeno aislado del resto del mundo jurídico y social, se detengan en los muros de la cárcel. En general, los presos nunca son objeto de intervención de las agencias gubernamentales que se encargan de la promoción y protección de esos derechos para el resto de la sociedad. La consigna sería establecer *que las políticas sociales no se detengan en los muros de la cárcel, sino que continúen dentro de ella.*[16] Esto, por otro lado, tendría indudables efectos positivos en la construcción de un sujeto social integrado, sin someterse la efectividad de la política social intracarcelaria al tramposo test de la resocialización (GUTIÉRREZ, 2011a).[17]

Incorporar la perspectiva de los derechos sociales en la cárcel implicaría un gran cambio en esa irresuelta disputa, eterna y permanente (estructural, claro está), entre lo penitenciario, cuyo único sentido humanista puede ser una vuelta a la perversa utopía de la resocialización, y lo jurídico y judicial, que desde una concepción liberal individualista nunca encontrará aval a las

16. Esto guarda relación con la idea de Baratta de la reintegración del detenido suponiendo una extensión y continuidad entre programas y servicios sociales dentro y fuera del paso por la institución penitenciaria (2004, p. 383-387).

17. La tendencia totalizante tanto del penalismo jurídico como del penitenciarismo se hace patente en el hecho de que hasta ahora no se ha logrado concebir a los derechos sociales de los presos como derechos autónomos respecto de su situación penal, como los de cualquier otro ciudadano. En efecto, toda violación a un derecho social en un preso (por ejemplo, la falta de acceso a la educación, o a la atención sanitaria) es abordado jurídicamente o como un reclamo al Juez de Ejecución, o como una acción de *habeas corpus*, "por agravamiento de las condiciones de detención", no por violación al acceso a un derecho social. Una medida protectiva de este derecho en un sujeto no encarcelado sería una acción de amparo, frente a un juez civil o administrativo. En su lugar, que no podamos concebir la violación de un derecho social de un preso más que como un agravante de su detención (y por ello que usemos el *habeas corpus* y no la acción de amparo), muestra hasta qué punto abogados y jueces no podemos salir de la cabeza penalista para pensar la situación del preso. En nuestra cultura jurídica, los derechos sociales del preso siguen sometidos a la lógica correccional o a la de las garantías individuales. El cambio de enfoque que se propone se verá efectivo cuando la falta de acceso a la atención sanitaria, a la posibilidad de un trabajo o a la educación comience a pensarse no como un problema jurídico penal o carcelario, sino como una violación a un derecho autónomo, que debe protegerse en sí mismo, más allá de la situación de la falta de libertad.

terribles practicas penitenciarias, pero tampoco podrá proveerle de otra lógica de funcionamiento (GUTIÉRREZ, 2009).

c) El proceso penal y las potestades judiciales de hacer cesar los efectos del ilícito.

En general los códigos de procedimiento le dan facultad a los jueces (o fiscales, según el caso) de corregir una situación de evidente ilicitud. En cualquier caso de un delito común, cuando el juez interviene, "puede hacer cesar los efectos del ilícito" de forma urgente, sin resolver sobre el fondo de la cuestión. Por ejemplo: devolver a la víctima la pertenencia incautada que fue objeto del robo, en una usurpación devolver al legítimo tenedor el poder sobre un inmueble, aun antes de haber resuelto el fondo de la cuestión.

Con el mismo criterio, podríamos considerar una evidente ilicitud cuando una de las partes está viendo vulnerado su acceso a un derecho social fundamental. Si, como planteamos en el caso anterior, incorporásemos en la cabeza del penalista y en la ley procesal que los derechos sociales son tan fundamentales como las garantías del acusado o la víctima, el juez bien podría reparar de forma urgente la situación de violación de derechos que sufre un sujeto que forma parte del proceso, más allá de luego encausar el trámite formal sobre la protección de esa persona por la vía judicial o administrativa que correspondiere o fuera más idónea.

Esta propuesta puede tener incluso a motivos político criminales de prevención. En la Argentina desde hace un par de años salió a la luz el problema de la trata de personas, particularmente relacionada con casos prostitución o de trabajo esclavo. Para perseguirla se montó una discreta campaña mediática y en abril de 2008 se sancionó la Ley 26.364 que sigue las definiciones el Protocolo de Palermo (Protocolo de la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada en Palermo en el 2000). A partir de entonces, el caso típico que resulta en la intervención de la Justicia es el siguiente: la policía informa de un local en una ruta (por ejemplo), en el que encuentra varias jóvenes traídas de sus países de origen bajo engaños, o aprovechándose de una situación socioeconómica desesperada, o ambas. Una vez sometidas a este trabajo esclavo (por lo general prostitución, pero también puede ser en un taller textil ilegal) se ven materialmente imposibilitadas de salir de él (por amenazas, por dificultades en la ubicación, por retención de documentación etc.). Lo que suele ocurrir entonces es que el Juez allana el local, toma los testimonios, detiene a los sospechosos, y comienza el proceso penal que todos conocemos... y las jóvenes cuya vulnerabilidad (y su efectiva vulneración), han sido el origen y el núcleo de todo este problema... ¿qué ocurre con ellas? Nada. Ello, a pesar de que la misma Ley en su art. 6 prevé

algunas medidas urgente de protección como: recibir alojamiento apropiado, manutención, alimentación suficiente e higiene personal adecuada; contar con asistencia psicológica, médica y jurídica gratuitas; la adopción de las medidas necesarias para garantizar su integridad física y psicológica; permanecer en el país, de conformidad con la legislación vigente, y a recibir la documentación o constancia que acredite tal circunstancia; que se les facilite el retorno al lugar en el que estuviera asentado su domicilio; y acceder de manera voluntaria y gratuita a los recursos de asistencia. Con suerte conseguirán de algún organismo oficial o extraoficial la posibilidad de volver su país de origen o a su provincia, si es que eso fuera mejor. Pero lo que el juez está evidenciando es una brutal y manifiesta vulneración de los derechos más básicos de estas jóvenes a la dignidad, y una situación de vulnerabilidad, que es, además, ilícita, por ser víctimas, antes de este sometimiento, a la violación de todas sus posibilidades a una vida digna que le otorgaría el proveer de trabajo, de una educación adecuada y de garantizar la salud (en sentido amplio) de ella y sus familia (pues en muchos casos, el sacrificio se hace, también, por los familiares, por ejemplo, por ser la única posibilidad de tener dinero para mantener mínimamente a sus hijos). En este caso, ni siquiera necesitamos una mayor habilitación legal: el juez tiene, legalmente garantizada y explícita (por si hiciera falta) la potestad de proteger derechos sociales básicos, urgentes y fundamentales que además, en el caso, están directamente relacionados con su situación de victimización, pero simplemente, no entiende que ese sea parte de su problema como juez penal.

Otro avance en el uso de las potestades procesales lo vemos impulsado desde la actuación de algunos jueces claves y la actuación de algunos organismos de defensa y ONGs que están haciendo avanzar la jurisprudencia son las medidas de protección en caso de usurpaciones masivas, es decir, de la toma de terrenos por familias sin tierra, para construir con sus propias manos un asentamiento habitacional. En muchos casos, este caso sigue derivándose a la justicia penal o contravencional, que debe resolver sobre el delito de usurpación y dictaminar sobre el desalojo. En otros, mediante acciones de amparo se hace actuar a la justicia civil o contencioso-administrativa para proteger el derecho a la vivienda básico de las familias ocupantes, logrando que el desalojo se suspenda (así ocurrió en el famoso caso de la toma del "Parque Indoamericano" en la Ciudad de Buenos Aires, en diciembre de 2010). Hoy vemos que ciertos jueces penales o de faltas intervinientes (sin dudas, los más progresistas), suspenden toda medida de restitución y desalojo compulsivo hasta que no se provean respuestas estatales certeras y concretas al problema de la falta de vivienda de las familias ocupantes. La respuesta tradicional de un juez penal ritualista

y formalista (desgraciadamente aún la mayoría) se hubiera desentendido, remitiéndolo a otro fuero, mientras ordenaba el desalojo. E, incluso, hay casos en que se absuelven de responsabilidad penal cuando se trata de un fenómeno social atravesado por la violación del derecho de acceso a la vivienda (nuevamente, así resolvió una jueza de faltas en el caso del mentado "Parque Indoamericano").

Estos tres casos son sólo ejemplos de cómo se ve avanzar la integración de los derechos sociales a los problemas penales para su resolución. Pero pueden indicar un saludable cambio histórico en eso que antes llamamos "cultura jurídica" de los penalistas, y en su tendencia a cerrarse frente a las otras áreas jurídicas, y a una concepción amplia de los derechos humanos.

Puedo adivinar algunas objeciones a estas ideas de incorporar los derechos sociales al pensamiento y la práctica penal. Por ejemplo, en el caso de la cárcel ¿Cómo vamos a garantizar esos derechos si, ni siquiera podemos garantizar las garantías individuales del preso, y por cierto tampoco podemos garantizar esos derechos sociales en la población que esta fuera de las cárceles? Hay ciertos presupuestos implícitos en esta pregunta que habría que abandonar para poder motorizar este cambio de paradigma:

Primero, un presupuesto implícito es aquella idea, vieja, pero resistente en nuestra cultura penalista, de que las garantías individuales deben ser garantizadas previamente y como presupuesto de la vigencia posterior de los otros derechos "de segunda generación" (PINTO, 1997; MATAROLLO, 1996; RABOSSI; 1996). Yo creo que además de ser hora de distanciarse políticamente de esta idea por sus implicancias jurídicas (FONSECA y CARDARELLO, 2005), la misma idea es incorrecta a nivel de sus presupuestos antropológicos: el sujeto individual sobre el que trata la lógica penal moderna, es, en su ideal, un sujeto racional que puede tomar decisiones libremente. Pero este no es un sujeto que aparece en el estado de naturaleza, sino que es un sujeto histórico, este sujeto puede ser realidad sólo en tanto, haya podido elegir un rumbo de vida racionalmente –es decir tras un proceso educativo, que le amplía el horizonte de posibilidades y le da las armas para avanzar– (FILMUS, 1996); que tenga posibilidades de elegir dentro de ese horizonte –si no tiene ninguna posibilidad de acceder a un trabajo legítimo, no solo obrará coaccionado, sino que un importante factor cultural de formación también estaría faltando–; y finalmente, tiene que tener la seguridad de que él y los suyos, van a sobrevivir, es decir, que al menos se va a hacerse lo posible para que así sea –que hay un sistema de salud que entiende que eso es una necesidad e intenta proveer–. *Lo que jurídicamente llamamos derechos sociales, son soportes necesarios, procesos sociales de construcción, de esa subjetividad moderna que cristalizamos con la idea del hombre racional, libre y responsable*, fuente y

depositario de los derechos individuales universales. De allí que justamente, aquellos a los que no se construía "calificadamente" mediante estos procesos sociales, no se daba soporte autónomo a su subjetividad social, eran los que históricamente quedaban fuera de la "universalidad" de estos derechos tal como fueron pensados por la burguesía originalmente (los no propietarios, las mujeres, los niños, los anormales, los delincuentes) (FONSECA y CARDARELLO, 2005).

La segunda posible objeción es que las políticas sociales de promoción y protección de derechos colectivos, o sociales, económicos y culturales son deficitarias en general, en nuestro contexto. Aún más que padecen un insalvable obstáculo al depender, por lo general, del financiamiento público, en estados donde justamente la dificultad que atraviesa toda la lógica gubernamental es la escasez. Es cierto. Pero si coincidimos en los presupuestos filosóficos de que los derechos sociales son tan fundamentales como los individuales, y que no deberían estar limitados por la pena, al menos podríamos –mientras luchamos por elevar el piso mínimo universal de prestación de estos derechos– exigir como estándar mínimo que dentro de los muros de la cárcel sean "tan deficitarios" como afuera de ellos y no más deficitarios. El problema general de la financiación y el diseño y ejecución de políticas de promoción y protección de derechos sociales excede las pretensiones de esta intervención, pero al menos queda claro que las mismas políticas sociales no deben frenarse en los muros de la cárcel, sino atravesarlos para llegar a su interior (aunque muchas de ellas, tengan que re-diseñarse para adaptarse a la particular realidad geográfica, edilicia, social y cultural que impone ese territorio). *Ni la mirada, ni el alcance de las áreas de gobierno encargadas de los derechos sociales deben frenarse ante el tabú de la impenetrabilidad de la cárcel* que el saber penitenciario construyó y cierto conformismo jurídico avaló, siendo o no consciente de ello.

6. PALABRAS FINALES, HECHOS INICIALES

Hay mucho por hacer para lograr una política criminal menos criminal, o lo que es lo mismo, hacer más humanistas nuestras políticas antihumanistas.

Creo que aquí he reseñado dos tipos de caminos que se están insinuando (uno, parcialmente abandonado hace 15 años, el otro, actual), transformaciones que podemos observar, y que avanzan a tientas, en ideas aisladas, pero en la dirección adecuada. Nuestra función como pensadores es rescatarlas a tiempo, darles una racionalidad, un sentido general, para explotar nuestro poder performativo. Esto es: mientras entendamos que forman parte de un cambio general, que traen una racionalidad propia y distinta de la anterior, y anunciemos un cambio de paradigma, estaremos ayudando y facilitando ese

cambio de paradigma.[18] Esa puede ser la mejor forma de involucrarnos a los intelectuales, en un primer momento.

Estas dos apariciones que creo necesario reforzar, dar racionalidad paradigmática y continuar. Ellas son:

1) Un tipo de juristas menos encerrados en las discusiones formales del derecho, y más en la conexión entre el derecho y las prácticas, que integren el estudio y el abordaje de los efectos empíricos de sus propuestas y teorías a la discusión. Que se avocan a ver cómo se puede poner en marcha sus propuestas humanistas, sin ser "pervertidas" en su intención por los condicionantes estructurales del sistema. En suma, se trata de retomar los desafíos no respondidos ni desarrollados de los criminólogos críticos "realistas" latinoamericanos de hace 20 años, dando el paso necesario para el avance: las investigaciones concretas sobre el valor instrumental del derecho en y sobre las instituciones penales.

2) Un tipo de concepción del derecho penal no aislada en la problemática liberal de las garantías como meramente individuales (y como un ámbito que amerita mero *respeto* estatal, y no políticas activas de promoción), sino integrada a las cuestión de los derechos humanos en general. Esto implica, un saber penal involucrado también en los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales, como derechos no subordinados a las garantías individuales, sino relacionados con ellas, en forma de una trama, muy presente en el problema penal. Una trama de hilos que tensan tanto los derechos fundamentales que llamamos individuales como los colectivos.

Finalmente, se trata de dar ese paso a una mirada más cercana, a la realidad institucional concreta y su relación con nuestro derecho penal, al mismo tiempo que incorporamos matices y colores a esa mirada, al abrir el "penalismo" a una concepción social del sujeto de derechos, que bien puede venir de lo que está ocurriendo en sus grietas y en sus bordes.

Aquello que sustenta esta trama mixta entre los hilos del sujeto social y del sujeto individual, es nada más ni nada menos que esa idea del hombre integral que una política criminal humanista debería intentar hacer efectiva.

La urgencia, entonces, no hace falta probarla: viene del hecho de que hemos perdido ya demasiado tiempo desde que nos planteamos el desafío, y la realidad nos pasó por arriba (o, mejor, por abajo).

---

18. En gran parte, porque en el ámbito jurídico también se aplica aquella famosa hipótesis de W.I. Thomas, que Merton (1995) conceptualiza como la "profecía autocumplida": si una situación es definida socialmente como real, será real en sus consecuencias.

7. BIBLIOGRAFÍA

ANITÚA, Gabriel Ignacio (2001). El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva. In: MAIER, J. B. J.; BOVINO, A. (orgs.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto.

BARATTA, Alessandro (2004). *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F.

BAUMAN, Zygmunt (2000). *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona: Gedisa.

BINDER, Alberto (2011) La cultura jurídica, entre la innovación y la tradición. *Revista Pensamiento Penal*. Disponível em: [www.pensamientopenal.com.ar]. maio 2011.

_____ (2000). El joven y el viejo Soler. *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.

CARRANZA, Elías (2001). Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles. *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria: respuestas posibles*. México: Siglo XXI.

CASTEL, Robert (2004). *La inseguridad social*. Buenos Aires: Manantial.

CELS (2008). La situación carcelaria: una deuda de nuestra democracia. *Informe Anual*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales – Cels.

CIAPPINA, Carlos (2011). La baja de la edad de imputabilidad penal para niños y jóvenes: reflexiones en torno a equívocos, mitos y realidades. Observatorio de Jóvenes, Facultad de Periodismo y Comunicación Social, Universidad Nacional de La Plata. Disponível em: [www.perio.unlp.edu.ar/observatoriodejovenes/archivos/bajaimput.pdf]; [www.perio.unlp.edu.ar/observatoriodejovenes/?q=node/101].

COHEN, Stanley (1985). *Visiones del control social*. Barcelona: PPU.

CORTES, Julio (2007). La ley de responsabilidad penal de adolescentes en el marco de las transformaciones actuales del control social y el castigo. *Alterinfos*, out. 2007. Disponível em: [www.alterinfos.org/spip.php?article1755].

FEELEY, M. (2008). Reflexiones sobre los orígenes de la justicia actuarial. Delito y sociedad. *Revista de Ciencias Sociales*. n. 26. Buenos Aires: UNL.

FILMUS, Daniel (1996). "Educación y derechos humanos. In: PIERINI, Alicia (coord.). *Pensamiento crítico de los derechos humanos*. Buenos Aires: Eudeba.

FONSECA, C.; CARDARELLO, A. (2005). Derechos de los más y menos humanos. In: TISCORNIA, S.; PITA, M. V. (ed.). *Derechos humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil. Estudios de antropología jurídica*. Buenos Aires: Antropofagia.

FOUCAULT, Michel (1976). *Vigilar y castigar*. Buenos Aires: Siglo XXI.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1992). El derecho de menores como derecho mayor. *Del revés al derecho: la condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa.* Buenos Aires: Unicef.

_____ (1996). Infancia: legalidad democrática, derecho y realidad. *Isonomía*, n. 4, abr. 1996. Disponível em: [www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01474063322636384254480/isonomia04/iso13.pdf].

GARLAND, David (2005). *La cultura del control.* Barcelona: Gedisa.

GOFFMAN, Erving (1973). *Internados.* Buenos Aires: Amorrortu.

GUTIÉRREZ, Mariano H. (2006). *La necesidad social de castigar.* Buenos Aires: Fabián Di Plácido Ed.

_____ (2009). La crisis de la prisión y la salida por la vía de los derechos sociales. *Conferencia de cierre en el II Simposio Internacional de Derechos Humanos.* Inpec, Bogotá, nov. 2009. Disponível em: [www.pensamientopenal.com.ar/16062010/criminologia02.pdf].

_____ (2010a). Punitivismo y actuarialismo en la Argentina. *Revista Pensamiento Penal, Sección Criminología y Control Social.* ed. 103. Viedma: Asociación de Pensamiento Penal. Disponível em: [www.pensamientopenal.com.ar].

_____ (2010b). Prácticas, discursos, funciones, disfunciones. Herramientas para entrenar la mirada crítica del sistema penal. *Revista Pensamiento Penal, Sección Criminología y Control Social.* ed. 98. Viedma: Asociación de Pensamiento Penal. Disponível em: [www.pensamientopenal.com.ar].

_____ (2011a). *Derechos y sistema penal: la dimensión jurídica de las prácticas educativas en contextos de encierro.* Buenos Aires: Ministerio de Educación de la Nación, Coordinación Nacional de Educación en Contextos de Encierro.

_____ (2011b). Trazos para delinear el 'populismo punitivo' en el caso argentino. *Populismo punitivo y justicia expresiva.* Buenos Aires: Fabián Di Plácido Ed.

_____ (2011c). La producción de la pertenencia política hacia el interior del poder judicial. In: MUÑAGORRI, I.; PEGORARO, J. S. (coords.). *Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización.* Madrid: Dykinson/Instituto Internacional de Sociología Jurídica.

HELFRICH, Marcelo (2002). Derecho de menores, un derecho menor. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal.* año 1. n. 1. Buenos Aires: Ad Hoc. Colección Criminología, Teoría y Praxis.

MARTINSON, Robert (1974). What works? Questions and answers about prison reform. *The Public Interest.* vol. 35. p. 22-54.

MATAROLLO, Rodolfo (1996). Sistema universal de protección. In: PIERINI, Alicia (coord.). *Pensamiento crítico de los derechos humanos.* Buenos Aires: Eudeba.

MATTHEWS, Robert (2010). El mito del punitivismo. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales.* año 19. n. 28. Buenos Aires: UNL.

MERTON, Robert K. (1995). *Teoría y estructura social*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

MORRIS, Norval (2001). *El futuro de las prisiones*. México: Siglo XXI.

NIETZSCHE, Federico (1999). *La genealogía de la moral*. México: Porrúa.

NIÑO, Luis (1996). Sistema penal y derechos humanos. In: PIERINI, Alicia (coord.). *Pensamiento crítico de los derechos humanos*. Buenos Aires: Eudeba.

_____ (2002). Cárceles y derechos humanos. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. año 1. n. 1. Buenos Aires: Ad Hoc. Colección Criminología, Teoría y Praxis.

_____ (2010). ¿Derecho penal para niños infractores? *Por una sociología crítica del control social. Homenaje a Juan Pegoraro*. Buenos Aires: Del Puerto.

NOVOA MONREAL, Eduardo (1997). *El derecho como obstáculo al cambio social*. Madrid: Siglo XXI.

O'MALLEY, Patt (2001). Riesgo, poder y prevención del delito. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*. año 13. n. 20. Buenos Aires: UNL.

PEGORARO, Juan Segundo (2006). Notas sobre el poder de castigar. *Revista Alter*. n. 2. jul. 2006. México: Nueva Época.

PINILLA, Nelson Ortiz (2005). *Planeación con perspectiva de derechos: un derecho de la infancia y de la juventud*. Bogotá: Unicef.

PINTO, Mónica (1997). *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires: Del Puerto.

PITCH, Tamar (2003). *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.

RABOSSI, Eduardo (1996). Cómo teorizar acerca de los derechos humanos. Algunas notas críticas. In: PIERINI, Alicia (coord.). *Pensamiento crítico de los derechos humanos*. Buenos Aires: Eudeba.

SOZZO, Máximo (2007). Populismo punitivo, proyecto normalizador y prisión depósito en Argentina. *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires: Del Puerto.

VON HIRSCH, Andrew (1998). *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1994). Dimensión política de un poder judicial democrático. *Imágenes del control penal*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral.

_____ (1992). *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Avila.

_____ (2003). Reconstrucción institucional de la justicia. In: GUARNIERI, Carlo. *Judicialismo*. Buenos Aires: Hammurabi.

_____ (1998). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar. t. III.

_____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro (2001). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- La criminología crítica en el siglo XXI como criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística o "las teorías criminológicas no son inocentes", de Lolita Aniyar de Castro – *RBCCrim* 76/265;
- La criminología hoy: política criminal como síntesis de la criminología. Política penal y relaciones con la teoría de la responsabilidad. Un control social alternativo o la criminología de los derechos humanos, de Lolita Aniyar de Castro – *RBCCrim* 32/252;
- Sistema penal para o terceiro milênio, de Oswaldo Henrique Duek Marques – *RT* 663/390;
- O espaço do direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal, de Fabio Roberto D'Avila – *RBCCrim* 64/78;
- Dogmática penal y política criminal frente a la reforma penal, de Miguel Ángel Núñez Paz – *RBCCrim* 61/9; e
- Política criminal populista: para uma crítica do direito penal instrumental, de Frederico Figueiredo – *RBCCrim* 70/100.

- *Programa de política criminal – Orientado para a vítima de crime*, de Guilherme Costa Camara, São Paulo, Ed. RT/Coimbra Ed., 2008.

56422

1 Breves anotações sobre a Lei de Lavagem de Dinheiro

André Luís Callegari

Doutor em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid. Doutor *honoris causa* pela Universidad Autónoma de Tlaxcala, México. Coordenador Executivo do Curso de Direito da Unisinos. Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado da Unisinos. Advogado Criminalista.

Carlos Eduardo Scheid

Mestre em Direito pela Unisinos. Especialista em Ciências Criminais pela PUC-RS. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu (Coimbra, Portugal). Doutorando em Direito pela Unisinos. Professor de Prática Penal na Unisinos. Advogado Criminalista.

Roberta Lofrano Andrade

Mestranda em Direito pela Unisinos. Advogada Criminalista.

Área do Direito: Penal

Resumo: O trabalho aborda a Lei de Lavagem de Dinheiro com as suas implicações penais e processuais penais. Há uma breve introdução com a descrição das fases ou métodos de lavagem de dinheiro, para abordar em seguida os problemas da Lei 9.613/1998. Analisa-se os crimes antecedentes aos de lavagem e a autonomia do delito de lavagem. A prova do crime antecedente é outro tópico estudado no artigo, pois, como se sabe, a lei faz referência expressa de que o crime de lavagem pode ser julgado sem que se tenha a

Abstract: This paper addresses the Money laundry Law and its criminal and procedural implications. There is a brief introduction with the description of the stages or methods or money laundry and then Law 9.613/1998 is addressed. We carry out an analysis of the crimes that take place prior to money laundry and the autonomy of the money laundry offense. The evidences of the precedent crime is another topic that is addressed by this article, since it is known that the law is very clear in relation to the fact that

decisão firme do delito anterior, ou seja, trata-se de uma autonomia processual. Seguindo esta abordagem, estuda-se o problema da prova indiciária para o oferecimento da denúncia. O artigo culmina com a análise da participação criminal do agente no delito prévio e no delito de lavagem e as consequências jurídicas aplicáveis à espécie.

PALAVRAS-CHAVE: Lavagem de dinheiro - Direito penal - Provas - Crimes antecedentes e tipicidade.

the money laundry offense can be tried with the absence of a firm decision of the previous offense, that is, procedural autonomy. Following the same approach, we study the inferencial evidence for the accusation and then, the article finally addresses the participation and legal consequences that apply to this type of action.

KEYWORDS: Money laundry - Criminal law - Evidences - Antecedent crimes - Typicity.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O primeiro ponto a ser considerado no crime de lavagem de dinheiro: dar a valores ilícitos a aparência de lícitos - 3. Fases ou técnicas de lavagem de dinheiro: 3.1 Ocultação; 3.2 Mascaramento; 3.3 Integração - 4. As condutas de ocultar ou dissimular - 5. Problemas penais e processuais da lei brasileira: 5.1 O crime antecedente na Lei de Lavagem; 5.2 O problema da prova do crime antecedente; 5.3 Indícios suficientes da existência do crime para o oferecimento da denúncia (art. 2.º, § 1.º, da Lei 9.613/1998); 5.4 Crimes antecedentes previstos na lei de lavagem e cometidos no estrangeiro - 6. Problemas concursais. Participação no delito prévio e no delito de lavagem: 6.1 Aplicação do princípio da consunção; 6.2 Aplicação analógica da regra do art. 349 do CP; 6.3 Concurso material de crimes; 6.4 Desnecessidade do delito de lavagem de dinheiro. Confusão com figuras típicas pós-delitivas - 7. Participação criminal - Destruição das garantias mínimas para o concurso de pessoas - 8. Recebimento de honorários advocatícios como possível participação criminal no delito de lavagem de dinheiro - 9. Conclusão - 10. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Transcorridos mais de 10 anos desde a criação da lei de lavagem de dinheiro, pouca bibliografia se produziu sobre esse tema complexo que ultrapassa as fronteiras dos países. Há vários pontos que ainda carecem de aprofundamento, estando às escuras a aplicação dos preceitos incriminadores contidos na lei que rege a matéria.

O certo é que temas como autoria e participação criminal, prova do delito prévio, autonomia do delito de lavagem, dentre outros, até agora figuram como questões sem convergência, apenas com soluções jurisprudências que nem sempre seguem uma técnica rigorosa.

A partir dessas considerações, alguns aspectos do delito de lavagem de dinheiro devem ser uma vez mais estudados, principalmente a criminalização das condutas insertas na lei como reforço de pena aos delitos antecedentes.

Na maioria dos países, o delito de lavagem de dinheiro foi criado especialmente para coibir o crime organizado, o tráfico de drogas e o terrorismo,

porém, hoje já não se vincula somente a estes delitos, mas, com toda a classe de delinquência. Nesse contexto, o delito de lavagem sofreu modificações no decorrer dos anos e foi impulsionado por organizações internacionais como o novo pretexto de luta contra a criminalidade organizada.[1]

O crime organizado,[2] mercê de suas atividades ilícitas (tráfico de drogas, contrabando de armas, extorsão, prostituição, etc.) dispõe de fundos colossais, mas, inutilizáveis enquanto possam deixar pistas de sua origem. Da necessidade de ocultar e reinvestir as ingentes ganâncias obtidas, ora para financiar novas atividades criminosas, ora para a aquisição de bens diversos, surge a lavagem de dinheiro, com o fim último de evitar o descobrimento da cadeia criminal e a identificação de seus autores. A reciclagem do dinheiro converte-se, assim, em requisito imprescindível para sua impune introdução no circuito econômico. A partir deste momento, o poder econômico do crime organizado se converte em exponencial. O dinheiro lavado pode ser, então, investido sem levantar suspeitas e contribuir para que seus detentores se adornem com um verniz de responsabilidade sob a cobertura de atividades honráveis. Existe, com isso, o perigo de que economias inteiras caiam sob seu controle, que se distorça o sistema financeiro e que o sistema democrático, em determinados países, fique sem estabilidade.[3]

Nessa perspectiva, a fim de que se compreenda a linha de raciocínio que será posteriormente desenvolvida, apenas a título de introdução, conceituaremos a lavagem de dinheiro, ou melhor, abordaremos o significado deste fenômeno.

A maior parte da doutrina estrangeira entende a lavagem de dinheiro como "o processo ou conjunto de operações mediante o qual os bens ou o dinheiro resultantes de atividades delitivas, ocultando tal procedência, se integram no sistema econômico ou financeiro".[4] Em sentido similar, Gomez Iniesta, assinala que por lavagem de dinheiro ou bens entende-se a operação através da qual o dinheiro de origem sempre ilícita (procedente de delitos que se revestem de especial gravidade) é investido, ocultado, substituído ou transformado e

1. Sobre o tema: CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 95 e ss.
2. Ver a respeito: CALLEGARI, André Luís; CANCIO MELIÁ, Manuel; BARBOSA, Paula Andrea Ramírez. *Crime organizado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 13 e ss.
3. RENART GARCÍA, Felipe. El blanqueo de capitales en el derecho suizo. *Revista del Poder Judicial* 50/119-120.
4. DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El blanqueo de capitales en el derecho español*. Madrid: Dykinson, 1999. p. 5.

restituído aos circuitos econômico-financeiros legais, incorporando-se a qualquer tipo de negócio como se fosse obtido de forma lícita.[5] Diez Ripollés, ao tratar do tema, refere-se aos procedimentos pelos quais se aspira a introduzir no tráfico econômico-financeiro legal os grandiosos benefícios obtidos a partir da realização de determinadas atividades delitivas especialmente lucrativas, possibilitando, assim, o desfrute das quantias juridicamente inquestionáveis.[6]

De todas as formas, praticamente todos os autores que analisam o fenômeno de lavagem de dinheiro acabam por defini-lo de maneira semelhante.

2. O PRIMEIRO PONTO A SER CONSIDERADO NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO: DAR A VALORES ILÍCITOS A APARÊNCIA DE LÍCITOS

Apontadas essas questões iniciais, relevante coloca-se anotar que o crime de lavagem de dinheiro, em rigor técnico, revela um desiderato específico traduzido na censura projetada ao comportamento capaz de encampar uma aparência de lícito aos valores derivados dos delitos antecedentes. Isso porque seu *iter criminis* representa, a bem da verdade, um processo de reciclagem de capitais alegados criminosos, o qual resta concretizado a partir de duas ações: a ocultação e a dissimulação.

Ou seja: apenas estão tipificados – sendo passíveis de punição no campo do Direito Penal – comportamentos aptos a tornarem ativos ilícitos em lícitos, por intermédio dos seus encobrimentos fraudulentos ou disfarces. Indispensável, assim, esta passagem do mundo da ilegalidade para o do legal em aparência. Sem esse caminho, não há o crime em testilha, conforme ensina Tigre Maia:

"A 'lavagem' de dinheiro pode ser simplificadamente compreendida, sob uma perspectiva teleológica e metajurídica, como o conjunto complexo de operações, integrado pelas etapas de conversão (*placement*), dissimulação (*layering*) e integração (*integration*) de bens, direitos e valores, que tem por finalidade tornar legítimos ativos oriundos da prática e atos ilícitos penais, mascarando esta origem para que os responsáveis possam escapar da ação repressiva da Justiça."[7]

---

5. GOMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*. Barcelona: Cedecs, 1996. p. 21.

6. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. *Actualidad Penal* 32/609.

7. MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 53.

Também perfilham do mesmo entendimento Cervini, Oliveira e Gomes, quando, peremptoriamente, lecionam:

"Em uma primeira leitura, percebemos que o caput do art. 1.º representa a figura fundamental. As modalidades de condutas descritas na parte principal do artigo traduzem a ideia central do tipo e indicam a razão do injusto: punir os processos de atribuição de aparência de licitude a bens, direitos ou valores cuja origem deita raízes em fatos ilícitos anteriores."[8]

Tanto isto é verdade (ser indispensável o procedimento de *branqueamento*), que a simples guarda de valores, por mais volumosos que sejam, não pode, só por si, desencadear a persecução criminal por lavagem de dinheiro, conforme decide, com extrema dose de acerto, a jurisprudência:

"Penal. Lavagem de Dinheiro. Atipicidade. Tão somente a guarda de dinheiro em casa, mesmo que a quantia envolvida seja grande, não indica com probabilidade forte o suficiente para a deflagração da ação penal que se esteja diante de crime, em tese, de lavagem de dinheiro" (TRF-2.ª Reg., 1.ª T., HC 2009.02.01.011920-5, j. 04.11.2009, rel. Abel Gomes, *DJU* 13.11.2009).[9]

Imperioso consignar-se, nesse enfoque, que há condutas que se apresentam como um simples *postfactum* impunível corolário de crime antecedente, ou seja, apenas fazem utilização do dinheiro ilícito, mas sem executar o seu *branqueamento* (torná-lo, aparentemente lícito). Como exemplos dessa situação podemos citar a compra de um veículo ou de um imóvel com valores originados de crime antecedente. Com efeito, essas condutas não intentam, disfarçadamente e para fins de ocultação, inserir no mercado quantias ilícitas. Por esse motivo óbvio, não se tratam de crimes de lavagem de dinheiro (nem com relação ao agente que praticou o delito antecedente, nem com relação aquele que efetuou a venda, por exemplo).

Aliás, isso é tão certo que a 7.ª Turma do E. TRF da 4.ª Região, houve por considerar atípica a conduta de pagamento de contas com dinheiro ilícito, assentando:

"(...) No delito de lavagem de dinheiro, tendo o legislador classificado como condutas típicas o ocultar ou o transformar (dando ao dinheiro ilícito a aparência de lícito pela dissimulação de sua natureza, origem ou movimentação), a conversão de ativos ilícitos em lícitos não se dá com a mera aquisição

8. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 319.

9. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 206/1332.

de bens com o produto do crime anterior, mas por sua transformação falseada em dinheiro lícito.

A conduta de pagar contas diretamente, usando dinheiro ilícito, mas de forma aberta e não camuflando ou transmudando a natureza do numerário, não se subsume a qualquer das figuras típicas do crime de lavagem de dinheiro, sendo, no máximo, pós-fato impunível e natural ao agir desde o início planejado pelo criminoso."[10]

Inegavelmente, valores originários de delitos, e isso em qualquer situação que se pretenda invocar a tutela penal, se incorporam ao estilo de vida do agente, sendo utilizados nos mais diversos atos da sua vida, como na aquisição de bens ou contratação de serviços. Todavia, isso representa uma consequência lógica e natural da anterior ação criminosa, que, sem dúvida, em nada mascara a origem ilícita do dinheiro. Nesse ângulo enfocado, inclusive, pondera Sanctis, acerca da inviabilidade de se considerar esse crime nas hipóteses de desdobramento natural de ilícitos anteriores, como a compra de bens:

"Não se pode esquecer que nem tudo configura lavagem: uma coisa constitui o desdobramento natural do delito anterior (verdadeiro *postfactum* impunível, como, por exemplo, a aquisição de um veículo com o produto do tráfico de entorpecentes), outra, o tipo em estudo, que requer, pelo menos, dolo eventual de ocultação ou dissimulação da origem ilícita dos valores obtidos com os crimes antecedentes."[11]

E isso simplesmente porque não se pode atribuir a tais ações a intenção de encobrir dinheiro *sujo*. Ainda, caso nos mantivéssemos nessa linha, poderíamos chegar ao absurdo jurídico-criminal de direcionar as baterias do Direito Penal, quanto ao delito da lavagem de dinheiro, a todas as operações de circulação dessas quantias, o que revelaria (indevida) extensão da cadeia causal, direcionando a incriminação (na realidade nua e crua) ao infinito.

Isso incluiria, por exemplo, censurar desde o simples padeiro, que vendeu o pão ao corréu, até aqueles com quem ele teria realizado outros atos da vida civil envoltos a relações mercantis (como, apenas para citar, o dono do posto de combustíveis aonde se abasteciam veículos, os donos de lojas aonde se compravam roupas e assim por diante)!

Nessa senda, é importante termos a sensatez de sabermos diferenciar quando uma conduta visa a mascarar quantia de dinheiro proveniente de fato cri-

10. TRF-4.ª Reg., ApCrim 1999.70.00.013518-3, j. 19.06.2007, rel. Des. Maria de Fátima Freitas Labarrère.

11. DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro*. Campinas: Millennium, 2008. p. 59.

minoso, e quando ela se traduz em simples ato da vida do agente, no sentido de gastar aqueles valores originários de um crime. Esse é o primeiro ponto fundamental para a identificação da prática do crime de lavagem de dinheiro.

3. FASES OU TÉCNICAS DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Cumpre-se, a partir de então, traçar singela análise de algumas fases ou técnicas de lavagem de dinheiro.

A doutrina estrangeira já muito escreveu sobre os sistemas e métodos empregados para a lavagem de capitais. Nesse aspecto, o tema tem recebido cada vez mais importância também em nosso país, tornando-se frequente em todos os tipos de publicações. O problema é que o tratamento jornalístico da questão é dirigido a enfatizar os aspectos menos importantes do fenômeno – corrupção, escândalos, conivência do poder público em determinados casos – deixando-se de abordar, de forma rigorosa, a explicação dos procedimentos de lavagem. De outro lado, os procedimentos de lavagem são relativamente complexos e utilizam os instrumentos, mecanismos e técnicas do sistema financeiro, de forma que sua explicação requer um prévio conhecimento deste sistema. É necessário, portanto, um certo cuidado para a abordagem do assunto.

Existem vários métodos ou fases normalmente utilizadas para a finalidade de lavar o dinheiro, porém, sucintamente, mencionaremos somente algumas delas.[12]

3.1 Ocultação

A primeira fase consiste na ocultação. Essa é a fase em que os delinquentes procuram se desembaraçar materialmente das importantes somas em efetivo que foram geradas pelas suas atividades ilícitas.[13] O montante arrecadado é normalmente trasladado a uma zona ou local distinto daquele em que se arrecadou. Posteriormente, coloca-se esse dinheiro em estabelecimentos financeiros tradicionais ou em estabelecimentos não tradicionais (casas de câmbio, cassinos, etc.) ou, ainda, em outros tipos de negócios de condições variadas (hotéis, restaurantes, bares, etc.).[14]

---

12. CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais da Lei 9.613/98*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 45 e ss.
13. VIDALES RODRIGUEZ, Caty. *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal*.Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 72.
14. ALVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *La prevención del blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 1998. p. 35.

A característica principal dessa fase é a intenção dos criminosos de se desfazerem materialmente das somas arrecadadas em dinheiro, sem ocultar, todavia, a identidade dos titulares.[15] Isso ocorre porque os criminosos têm ciência de que a acumulação de grandes somas de dinheiro pode chamar a atenção com relação a sua procedência ilícita. Essa acumulação significa também o perigo constante de furto ou roubo, o que obriga, de uma forma ou outra, os criminosos a despacharem, fisicamente, grandes somas para fora do lugar de obtenção, com destino a outro local onde seja mais fácil ocultar a sua origem criminosa.[16]

Existem inúmeras formas de ocultação, mas não é objeto desse trabalho a análise de cada uma delas, portanto, somente faremos menção a elas. Assim, pode-se ocultar o dinheiro obtido de forma ilícita colocando-o através de entidades financeiras de forma fracionada; através da cumplicidade do próprio efetivo do banco; através de estabelecimentos financeiros não tradicionais; misturando-se fundos lícitos com ilícitos, através do contrabando de dinheiro (passando-o pela fronteira de outros países).[17]

3.2 Mascaramento

A segunda fase denomina-se mascaramento. A função dessa fase consiste em ocultar a origem dos produtos ilícitos mediante a realização de numerosas transações financeiras.[18] Se os "lavadores" de capitais têm êxito na primeira fase, tratarão agora de tornar mais difícil e complicada a detecção dos bens, mediante a realização de múltiplas transações que, como camadas, irão se amontoando uma depois da outra, dificultando o descobrimento da origem daqueles bens.[19]

Portanto, nessa etapa é preciso fazer desaparecer o vínculo existente entre o criminoso e o bem procedente de sua atuação, razão pela qual é usual o recurso à superposição e combinação de complicadas operações financeiras, as quais tratam de dificultar o seguimento do que se conhece como "pegada ou rastro do dinheiro".[20]

Assim, o propósito perseguido nessa fase é "desligar os fundos de sua origem, gerando para isso um complexo sistema de transações financeiras destina-

---

15. ZARAGOZA AGUADO, Javier. El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación. *Cuadernos de Derecho Judicial*. p. 134.
16. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 1997. p. 71-72.
17. Nesse sentido, ver: BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 72 e ss.; ALVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, ob. cit., p. 35 e ss.
18. ZARAGOZA AGUADO, Javier, ob. cit., p. 135.
19. BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 78.
20. VIDALES RODRIGUEZ, Caty, ob. cit., p. 73.

das a apagar as pegadas contábeis destes fundos ilícitos". Essa forma complexa como as transações são desenvolvidas, mescladas e superpostas tem como finalidade tornar extremamente difícil para as autoridades a detecção dos fundos.

Os meios usualmente utilizados nessa fase são: a conversão do dinheiro em instrumentos financeiros; a aquisição de bens materiais com dinheiro em espécie; e a transferência eletrônica de fundos, etc.[21]

3.3 Integração

Por fim, a última fase denomina-se de integração. Nessa etapa, o capital ilicitamente obtido já conta com aparência da legalidade que se pretendia que tivesse. De acordo com isso, o dinheiro pode ser utilizado no sistema econômico e financeiro como se se tratasse de dinheiro licitamente obtido.[22] Consumada a etapa de mascarar, os "lavadores" necessitam proporcionar uma explicação aparentemente legítima para sua riqueza, logo, os sistemas de integração introduzem os produtos "lavados" na economia, de maneira que apareçam como investimentos normais, créditos ou investimentos de poupança.[23]

Assim, os procedimentos de integração situam os valores obtidos com a lavagem na economia de tal forma que, integrando-se no sistema bancário, aparecem como produto normal de uma atividade comercial. Quando se chega nesse estágio, é muito difícil a detecção da origem ilícita desses valores. A menos que se tenha seguido seu rastro através das etapas anteriores, dificilmente resultará fácil distinguir os capitais de origem ilegal dos de origem legal.[24]

Os métodos utilizados nesta etapa são: "empresas de fachada" e empréstimos simulados; cumplicidade dos banqueiros estrangeiros; faturas falsas de importação e exportação; sistemas bancários clandestinos ou irregulares; comércio cruzado; companhias de seguros; agentes da bolsa de valores, etc.[25]

---

21. Sobre estas técnicas, ver em detalhes: FABIAN CAPARROS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998. p. 140; BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 79 e ss.; ALVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, ob. cit., p. 37.

22. VIDALES RODRIGUEZ, Caty, ob. cit., p. 73-74; GOMEZ INIESTA, Diego J. Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el derecho español. *Estudios de Derecho Penal Económico*. Castilla-La Mancha: Universidad de Castilla-La Mancha, 1994. p. 140; FABIAN CAPARROS, Eduardo, ob. cit., p. 149.

23. BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 84.

24. Nesse sentido: ALVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, ob. cit., p. 38.

25. Sobre estas técnicas, em detalhes: ZARAGOZA AGUADO, Javier, ob. cit., p. 138 e ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 85 e ss.

4. AS CONDUTAS DE OCULTAR OU DISSIMULAR

Vistas as fases da lavagem de dinheiro, cumpre-se, então, brevemente, fazer referência às duas condutas cerne do tipo penal em comento: a ocultação ou a dissimulação. Realmente, em linhas técnicas, à concretização do crime de lavagem de dinheiro, mister se faz a ocorrência das condutas típicas ocultar ou dissimular. Isso se percebe, facilmente, pela simples leitura do texto do *caput* do art. 1.º da Lei 9.613/1998: "Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente de crime".

Dessa arte, não há dúvidas de que para a configuração desse ilícito penal é necessária a prática de, pelo menos, uma dessas condutas humanas: a ocultação ou a dissimulação. Elas se apresentam, nesse contexto, como formas de efetivação da finalidade inerente ao delito de lavagem de dinheiro: a desvinculação do criminoso do produto do crime através da transformação de bens ou valores ilícitos em aparentemente lícitos.

Nesse aspecto, a ocultação se apresenta como o ato de esconder ou encobrir bens ou valores originários de crime antecedente. No sentido gramatical, o termo "ocultar" significa "não deixar ver", "encobrir", "esconder", ou, também "esconder fraudulentamente". O sentido da ocultação exposta no tipo pelo legislador brasileiro não é muito distinto do sentido gramatical, já que a previsão como delito busca justamente evitar a ocultação dos bens que tenham origem nos crimes antecedentes descritos pelo legislador. A doutrina assinala que ocultar é o fato de esconder, tornar algo inacessível a outras pessoas, o que não muda muito o sentido gramatical. A ocultação, a nosso juízo, não difere da prevista no tipo penal do art. 301.1 do Código Penal Espanhol, porque a intenção do legislador é a mesma. Por conseguinte, o que se busca com o verbo é evitar a ocultação da origem, localização, disposição, movimento ou propriedade de bens, direitos ou valores que provêm dos crimes precedentes previstos pelo legislador.[26]

Já a dissimulação, por seu turno, traz um acréscimo à conduta de ocultar, pois se refere ao disfarce, ao fingimento, à ocultação por meio de astúcia. O outro verbo estabelecido no tipo penal é o de dissimular a natureza, origem, localização, movimento ou propriedade dos bens, direitos ou valores provenientes dos delitos prévios previstos na Lei de Lavagem. Em sentido gramatical, o termo "dissimular" difere do sentido do verbo "ocultar", pois exige

26. CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais da Lei 9.613/98* cit., p. 108.

um *plus* com relação à ocultação. O termo "dissimular" significa "ocultar ou encobrir com astúcia", "disfarçar", "fingir", "simular". Assim, a ocultação seria o simples encobrimento, e a dissimulação seria a ocultação adjetivada, ou seja, sempre mediante o emprego do engano, do disfarce, da utilização de uma técnica que permite esconder com astúcia os bens provenientes dos delitos prévios dispostos na Lei de Lavagem. Na realidade, o delito não muda pelos verbos empregados, pois tanto a ocultação como a dissimulação são apenadas da mesma forma e não há agravamento da pena pela dissimulação, ainda que esta pareça mais grave pela sua forma de realização.[27]

E, na mesma linha de raciocínio, a título de complementação, para que não restem dúvidas, aponta Tigre Maia:

"As condutas humanas previstas são as de 'ocultar' ou 'dissimular', que, diante do uso da conjunção alternativa, supõe-se devam expressar ações diferenciadas.

'Ocultar' é o ato de esconder, de tornar algo inacessível às outras pessoas. Esta ação pode ser efetuada diretamente, sem a utilização de qualquer ardil ou artifício; por exemplo, com relação a localização, levando determinado bem que se quer ocultar (e.g., a *res furtiva*) para um esconderijo.

Já 'dissimular' é encobrir, disfarçar, mascarar, fraudar, escamotear ou alterar a verdade. Assim, é possível dissimular a localização de um bem modificando sua aparência exterior para não seja reconhecido ou simplesmente mentindo acerca de onde este se encontra.

Pode-se entender que, muitas vezes, os atos dissimulados (tática) configuram-se como meios para assegurar a ocultação dos bens (estratégia) em uma espécie de progressão criminosa. Na realidade, as expressões são muito próximas e igualmente expressam uma das finalidades do processo de 'lavagem' de dinheiro (assegurar a desvinculação, a separação física entre o criminoso e o produto de seu crime)."[28]

Não há, desse modo, que se negar a imprescindibilidade da execução de qualquer dessas condutas típicas para a caracterização do crime de lavagem de dinheiro. Isso porque, como se disse, nas palavras de Cervini:

"Uma superficial leitura do dispositivo em destaque revela que foram criminalizadas fundamentalmente duas modalidades de conduta: ocultar e dissimu-

27. Idem, ibidem.

28. MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 66.

lar. Dentro dessas duas possibilidades de comportamento estão inseridas finalidades específicas do agente, já que a conduta deve estar direcionada sempre ao desiderato de converter, ou transformar, bens, direitos ou valores ilícitos em respectivos correspondentes lícitos."[29]

Destarte, em estando a suposta conduta delituosa despida de qualquer nota de ocultação ou dissimulação, não se estará diante do crime de lavagem de dinheiro.

5. PROBLEMAS PENAIS E PROCESSUAIS DA LEI BRASILEIRA

5.1 O crime antecedente na Lei de Lavagem

De acordo com a redação dada ao art. 1.º da Lei 9.613/1998, considera-se praticado o crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores quando se está diante das condutas de "ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores" provenientes dos crimes de "I – tráfico de substâncias entorpecentes ou drogas afins; II – terrorismo e seu financiamento; III – contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV – extorsão mediante sequestro; V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VI – contra o sistema financeiro nacional; VII – praticado por organização criminosa; e VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira".

Dessa feita, constata-se ter o legislador brasileiro elencado as condutas criminosas que teriam originado os valores a serem ocultados através da lavagem. Esses delitos anteriores são denominados de crimes antecedentes, o que vai de encontro aos termos do § 1.º do mesmo dispositivo, o qual determina: "Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos *crimes antecedentes* referidos neste artigo" (grifo nosso).

O art. 2.º, § 1.º, da Lei 9.613/1998, por sua vez, estabelece expressamente: "A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime".

A primeira indagação cinge-se a buscar a interpretação que o legislador procurou dar ao termo "crime antecedente". Um setor da doutrina menciona

29. CERVINI, Raúl, TERRA DE OLIVEIRA, William, GOMES, Luiz Flávio, ob. cit., p. 329.

que o crime de lavagem é autônomo e, assim, não estaria condicionado ao processo e julgamento do crime antecedente.[30] Não estamos de acordo com essa posição. Ela somente pode ser verdadeira se complementada, pois ainda que o crime de lavagem seja considerado autônomo, mister se faz a existência de alguns requisitos para a verificação da existência do crime antecedente que pode gerar bens aptos a serem lavados.

Outro setor da doutrina brasileira posiciona-se de forma diferente quanto à redação desse preceito, sob o fundamento de que o crime antecedente condiciona o tipo de lavagem de dinheiro previsto na lei brasileira. De acordo com isso, não seria possível a condenação do sujeito pelo crime de lavagem se não houvesse absoluta certeza da realização do tipo antecedente. Portanto, o fato antecedente deve ser ao menos típico e antijurídico para a sua caracterização como delito prévio.[31]

A melhor interpretação nos parece ser esta, ou seja, somente os indícios do crime antecedente não são suficientes para a condenação do sujeito pelo delito de lavagem de capitais. Como o legislador exigiu a existência suficiente de indícios do crime antecedente, ao menos o fato deve ser típico e antijurídico. Isso porque pode ocorrer no delito antecedente a exclusão da tipicidade (erro de tipo) ou da antijuridicidade, o que levaria à inexistência do crime antecedente. Assim, se não há crime antecedente, torna-se impossível a aplicação do art. 2.º, § 1.º, da Lei 9.613/1998. Nesse mesmo sentido, de acordo com Cordero:

"Característica esencial que ha de reunir el objeto del delito de blanqueo de capitales es que debe tener su origen en un hecho delictivo previamente cometido. Ha de existir, como requisito imprescindible, un nexo entre el objeto del blanqueo y un delito previo. Si no está presente ese nexo o unión o si se rompe por alguna circunstancia, no existe objeto idóneo para el delito de blanqueo de capitales."[32]

Além disso, o legislador adotou para os delitos de lavagem de dinheiro o princípio da acessoriedade limitada, é dizer: há necessidade de que o delito prévio seja ao menos típico e antijurídico, o que torna impossível a comissão

30. CERVINI, Raúl, TERRA DE OLIVEIRA, William, GOMES, Luiz Flávio, ob. cit, p. 325 e ss.

31. D'AVILLA, Fábio Roberto. A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 79/4.

32. CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 1997. p. 212.

de um delito de lavagem se o fato antecedente previsto na lei não puder ser considerado crime. Assim, é necessário que fique provada a existência da tipicidade e da antijuridicidade do delito prévio, pois o reconhecimento de uma justificante ou a ausência de um dos elementos do tipo leva, necessariamente, à ausência do crime antecedente e, por isso, não haveria a subsunção típica às figuras de lavagem, as quais exigem a comissão daquele.[33]

Na esfera da participação criminal, denomina-se acessoriedade limitada o grau de dependência segundo o qual só se pode castigar a conduta do partícipe quando o fato principal for típico e antijurídico.[34] Assim, se a culpabilidade não é requisito necessário para a configuração do fato prévio como delito, deduz-se que o são a tipicidade e a antijuridicidade. Portanto, é correto afirmar que a relação de dependência do delito de lavagem com relação ao delito prévio é de acessoriedade limitada.[35]

É justamente essa classe de acessoriedade que se pode depreender do conteúdo do art. 2.º,§ 1.º, da Lei 9.613/1998. Isso não ocorre porque o artigo não estabelece expressamente quais elementos têm que concorrer para determinar que o fato prévio seja um crime, mas porque menciona o que não é necessário para a sua consideração como tal: a culpabilidade (o parágrafo menciona isenção de pena).

Nessa perspectiva, duas consequências podem ser extraídas da aplicação do princípio da acessoriedade limitada. A primeira delas é que quando os bens não têm sua origem em um fato típico, não poderá haver um delito de lavagem de dinheiro. O que significa que se o fato prévio que origina os bens não se encontra descrito em algum tipo no Código Penal ou numa lei especial, as condutas de lavagem que recaem sobre estes bens não podem ser típicas.[36]

A segunda consequência está no fato de que quando ocorre uma causa de justificação no fato prévio que origina os bens, não poderá também haver um

33. D'AVILLA, Fábio Roberto, ob. cit., p. 4.

34. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte General*. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 596 e ss.; BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal, parte general*. 5. ed. Madrid: Akal/Iure, 1998. p. 379; BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1979. p. 124 e ss.; PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídicos penais*. São Paulo: Ed. RT, 1992. p. 62; CALLEGARI, André Luís. Breves anotações sobre o concurso de pessoas. *RT* 761/454 e ss.

35. Nesse sentido: CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 128; BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 237.

36. CARPIO DELGADO, Juana, ob. cit., p. 129; BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 238.

delito de lavagem de dinheiro. É dizer, se as condutas que podem constituir lavagem recaem sobre bens que tem sua origem num fato típico mas que não antijurídico, não se pode apreciar um delito de lavagem de dinheiro.[37]

De acordo com essa posição, é irrelevante para o delito em comento o requisito da culpabilidade, pois se a conduta que constitui lavagem recai sobre bens que tiveram a sua origem num fato típico e antijurídico, ainda que o sujeito que interveio no delito prévio seja isento de pena, será possível a apreciação de um delito de lavagem de capitais. É o posicionamento mais justo, pois.

5.2 O problema da prova do crime antecedente

Esclarecido o que deve se entender por crime antecedente (que ao menos seja um fato típico e antijurídico para que possa gerar bens aptos a serem lavados) torna-se necessário verificar a problemática da prova para viabilizar a condenação pelo crime de lavagem de capitais. É que o art. 2.°, II, da Lei 9.613/1998, estabelece expressamente: "O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: (...) II – independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país".

De acordo com o conteúdo desse artigo e seu inciso, pode haver uma sentença condenatória pelo delito de lavagem de dinheiro ainda que não se julgue o crime antecedente que deu origem aos bens que foram lavados. Porém, baseado em que prova o juiz condenaria o sujeito acusado de lavar dinheiro? A sentença condenatória fundamentada somente com indícios do crime antecedente fere o princípio da presunção de inocência, uma vez que sequer restou provado o fato anteriormente imputado ao acusado. Assim, no processo penal dominado pelo princípio da presunção da inocência, a atividade probatória deve atender à verificação dos fatos imputados[38] e não aos seus meros indícios. Traduzindo-se isso para o crime de lavagem, torna-se necessária a verificação do crime antecedente para viabilizar a sentença, e não somente a existência de indícios de seu cometimento.

Pelo princípio da presunção de inocência, requer-se a prova de que os bens supostamente lavados procedam de um delito prévio. Nesse sentido, caberiam duas possibilidades para dar crédito à comissão do delito antecedente. A pri-

37. CARPIO DELGADO, Juana, ob. cit., p. 129; BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 238.

38. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 39.

meira seria no sentido de exigir uma sentença condentatória com trânsito em julgado que reconhecesse a existência de um fato típico e antijurídico. A segunda possibilidade é a de deixar ao juiz que julga o delito de lavagem de capitais que determine se existiu previamente o delito exigido pela lei. De todas as formas, não é suficiente a prova de um delito prévio, se não também se prove que os bens dele procederam.

O problema da prova do crime prévio é simples nos casos em que uma sentença declare a existência do fato típico e antijurídico, mas, torna-se problemático no caso em que ela não exista.[39]

Um setor da doutrina estrangeira utiliza a jurisprudência atinente ao delito de receptação para resolver o problema, afirmando que não seria preciso uma sentença condenatória com relação ao delito prévio, mas exigindo, em todo caso, um fato minimamente circunstanciado.[40] Porém, seria necessário que o juiz responsável pelo julgamento dos atos de lavagem considerasse provada a existência de um fato delitivo prévio, ou seja, seria necessário saber com precisão qual foi o fato criminoso que originou os bens.[41] Nesse aspecto, não se faria imprescindível a sentença condenatória do crime antecedente, mas, ainda assim, a receptação deveria estar plenamente acreditada em sua realidade e em sua natureza jurídica, não bastando, para isso, uma mera denúncia ou diligências policiais. Seria exigível, por outro lado, por se tratar de um elemento constitutivo do tipo, que as provas destinadas a acreditá-la se praticassem com as garantias constitucionais e processuais que possibilitassem respeitar a presunção de inocência.[42] Portanto, ao menos seria necessário que ficasse provado perante o juiz competente para julgar o crime de lavagem de capitais que os bens procedem de um delito grave.[43]

No Brasil, a receptação recebe o mesmo tratamento, é dizer, não há necessidade da sentença penal condenatória que ateste a ocorrência do crime antecedente, mas torna-se indispensável a prova de sua ocorrência.[44]

---

39. FABIAN CAPARROS, Eduardo, ob. cit., p. 385.

40. PALOMO DEL ARCO, Andrés. Receptación y figuras afines. In: VIVES ANTON, Tomaz; MANZANARES, Samaniego. *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial)*. Madrid: Consejo General de Poder Judicial 1996. Estudios de Derecho Judicial 2, p. 380.

41. BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 252; VIDALES RODRIGUEZ, Caty, ob. cit., p. 47.

42. Nesse sentido, STS 20.01.1999.

43. BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 252. O legislador espanhol não estabeleceu um rol taxativo de crimes antecedentes aos de lavagem, pois considera como crime antecedente ao de lavagem todo aquele que tenha uma pena grave.

44. *RT* 404/288; *RT* 663/293; *RJD* 25/338; *RT* 718/425.

A adoção dos métodos dispensados ao delito de receptação parece coerente, possibilitando sua utilização em relação ao preceito estabelecido no art. 2.°, II, da Lei 9.613/1998. Assim, para que se viabilize uma sentença condenatória no processo e julgamento de um crime de lavagem de capitais, ao menos seria necessário que houvesse uma prova convincente do delito antecedente, prova essa que pudesse ser acreditada em relação a um dos delitos previstos na lei brasileira de lavagem.

De outra banda, há setor da doutrina que sustenta que o delito prévio é um elemento normativo do tipo, ou seja, que a exigência do delito prévio constitui um autêntico elemento do tipo,[45] ou uma elementar do tipo.[46] Essa última posição é sustentada no Brasil por D'avilla, que assinala que a técnica legislativa adotada tornou o crime antecedente elementar do tipo previsto no art. 1.° da Lei 9.613/1998, condicionando-o à sua verificação plena. Para o autor, a incerteza do crime antecedente redundaria na incerteza quanto a um dos elementos objetivos do tipo, impossibilitando, assim, a sua adequação legal.[47] Isso se deve ao fato de que o legislador, ao redigir o tipo penal de lavagem e, após, definir os verbos que compõem a figura típica, utilizou a palavra "crime", ou seja, para haver lavagem de dinheiro é necessário que os bens ocultados ou dissimulados, por exemplo, provenham de um dos crimes definidos pelo legislador nos incs. I a VIII do art. 1.° da Lei 9.613/1998.

Essa posição parece levar a um critério mais rígido para que se possa condenar o sujeito pelo delito de lavagem de dinheiro, já que seria necessária a constatação da existência do crime antecedente, ou seja, ao menos que haja um fato típico e antijurídico. A razão disso é que, se o crime antecedente é elementar do tipo de lavagem de dinheiro, a ausência do crime antecedente (erro de tipo, por exemplo), impossibilita a condenação pelo delito de lavagem. O mesmo ocorreria se fosse reconhecida uma excludente da ilicitude. Portanto, reconhecida uma excludente da ilicitude ou da tipicidade, não haveria o crime antecedente e, por consequência, a absoluta impossibilidade de subsunção típica pela ausência da elementar "crime" constante no art. 1.° da Lei 9.613/1998.[48]

---

45. BOCKELMANN. *Über das Verhältnis der Begünstigung zur Vortag*. NJW, p. 620 e SCHMID. Anwendungsfragen der Straftatbestände gegen die Geldwäscherei, vor allem StGB art. 350 bis. *Schweizerischer Anwaltsverband, Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht*. Zürich, 1991. p. 111 apud BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 222-223.

46. D'AVILLA, Fábio Roberto, ob. cit., p. 4.

47. Idem, ibidem.

48. Idem, ibidem.

Com efeito, essa posição leva a um critério mais rigoroso do que a utilização do critério da receptação para a condenação do sujeito pelo crime de lavagem de capitais, isto porque exige, como elementar do tipo, a existência do crime antecedente. Porém, como a disposição do art. 2.°, II, da Lei 9.613/1998 é processual, de todas as formas, deverá restar provado no processo (como no critério da receptação) a existência do crime antecedente ao de lavagem.

A nosso juízo, por qualquer método utilizado, exige-se um convencimento acurado ou, ao menos, uma prova segura do crime antecedente, que poderá ser efetivada no próprio processo de lavagem ou em outro específico para a apuração do delito prévio. Se houver dúvida sobre a existência do crime antecedente,[49] o juiz não poderá condenar o réu pelo crime de lavagem de capitais.[50]

5.3 Indícios suficientes da existência do crime para o oferecimento da denúncia (art. 2.°, § 1.°, da Lei 9.613/1998)

O art. 2.°, § 1.°, da Lei 9.613/1998 estabelece que a denúncia será instruída com indícios suficientes do crime antecedente, nos seguintes moldes "a denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime".

No processo penal, a regra é a de que existam indícios da autoria e prova da materialidade do crime para o oferecimento da denúncia. A Lei de Lavagem inovou ao exigir somente os indícios do crime antecedente. Porém, fica a indagação se este dispositivo não fere as garantias do acusado, é dizer, da mais ampla defesa e da presunção de inocência. Isso porque, de acordo com o preceito contido no dispositivo, o acusado terá que se defender de uma acusação de lavagem de capitais baseada num crime antecedente que não restou provado (visto haver apenas indícios suficientes de sua existência).

---

49. Ver: HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995. p. 88.

50. Nesse sentido: BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 84. Ademais, assinala o autor que "a comprovação da ocorrência do crime básico configura uma questão prejudicial do próprio mérito da ação penal em que se apura o crime de *lavagem*. Desse modo, ao fundamentar a sentença condenatória o juiz tem o dever funcional de abordar essa questão, afirmando estar convencido da existência do crime antecedente, apontando as provas dos autos que o levam a formar essa convicção".

É certo que o processo penal é considerado geralmente um instrumento necessário de proteção dos valores recolhidos pelo Direito Penal, cuja função principal consiste em dotar o Estado de um procedimento preestabelecido para a aplicação do *ius puniendi*. A finalidade, portanto, das medidas restritivas de direitos fundamentais suscetíveis de serem adotadas no processo penal orientar-se-ia, assim, em princípio, a permitir aos órgãos do Estado a satisfação dos fins próprios do Direito material, dando, deste modo, resposta ao interesse de persecução penal que anima sua atuação neste âmbito e que se opõe ao *ius libertatis* dos cidadãos.[51]

O questionamento que se impõe é no sentido de até que ponto o Estado pode efetivar essas medidas de persecução penal sem ferir os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Ainda que o crime de lavagem seja um crime grave, não se pode permitir ao Estado viabilizar uma acusação contra o indivíduo baseada em "indícios suficientes" dos crimes antecedentes.

Montañez Pardo,[52] ao tratar da prova indiciária na Espanha, afirma que é possível a sua aceitação, mas, adverte que ela deve observar alguns requisitos, os quais resume desta forma: (a) os indícios devem estar plenamente seguros. Assim, não valem as meras conjecturas ou suspeitas, pois não é possível construir certezas sobre simples probabilidades; (b) concorrência de uma pluralidade de indícios. É necessário que concorram uma pluralidade de indícios, pois um fato único ou isolado impede fundamentar a convicção judicial com base na prova indiciária; (c) existência de razões dedutivas. Entre os indícios provados e os fatos que deles se inferem deve existir um enlace preciso, direto, coerente, lógico e racional segundo as regras do critério humano.

Talvez, utilizando-se desse critério para a verificação dos indícios do crime antecedente, seria possível que se viabilizasse a inicial acusatória pelo crime de lavagem de dinheiro. Acreditamos que o melhor seria uma prova segura do crime antecedente, o que, não significa, necessariamente, uma sentença condenatória, devendo possibilitar, no entanto, ao juiz, a verificação dos fatos típicos e antijurídicos que geraram os bens aptos a serem lavados. Nesse mesmo sentido, conforme Pitombo:

"O disposto no art. 2.°, II, da Lei 9.613/1998 não permite ao juiz penal fechar os olhos ao nexo substancial, entre o crime antecedente e o crime de la-

51. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990. p. 243.

52. MONTAÑES PARDO, Miguel Angel. *La presunción de inocencia*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 106-109.

vagem de dinheiro, devendo inteirar-se, ao máximo, do processo do delito prévio, para julgar o mérito da causa, atinente à prática da lavagem de dinheiro. Em suma, no fenômeno sob análise, se não operar a conexão, deve-se atentar à prejudicialidade homogênea. Tudo no escopo de evitar decisões antiéticas, ou adotadas de incompatibilidade objetiva."[53]

A doutrina brasileira menciona que a denúncia não precisa descrever minuciosamente o crime antecedente, pois isso deve ser feito em relação ao crime de lavagem. No entanto, enfatiza que cabe ao Ministério Público demonstrar ao juiz que a inicial acusatória está fundamentada em seguros indícios de que o crime de lavagem provém direta ou indiretamente da prática de um daqueles crimes antecedentes previstos na Lei 9.613/1998.[54] Assim, se não houver uma base probatória mínima que demonstre a existência do crime antecedente, a denúncia deverá ser rejeitada.[55]

5.4 Crimes antecedentes previstos na lei de lavagem e cometidos no estrangeiro

Uma das características do delito de lavagem de capitais é a possibilidade de ser realizado em um país distinto daquele em que foi cometido o delito prévio que originou os bens,[56] é dizer, é possível que o delito prévio que dá origem aos bens tenha sido cometido em um país e o delito de "lavagem" em outro diferente.[57]

Os legisladores, preocupados com a internacionalização desse delito, atendem às recomendações internacionais em matéria de lavagem de capitais relativas aos delitos prévios cometidos no estrangeiro, e introduzem, nos Códigos Penais, dispositivos para prevenção desta forma de delito.[58]

---

53. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro. A tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 128.
54. Cf. BARROS, Marco Antonio de, ob. cit., p. 82.
55. CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, Willian; GOMES, Luiz Flávio, ob. cit., p. 356.
56. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 1996. p. 708.
57. Nesse sentido: CARPIO DELGADO, Juana, ob. cit., p. 141; BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 244; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, ob. cit., p. 703.
58. Na Espanha há disposição expressa neste sentido, de acordo com o art. 301, 4, do Código Penal. O legislador alemão também fez tal previsão no art. 261, 2, VIII, do Código Penal alemão.

Nossa legislação adotou essa sistemática, pois a Lei 9.613/1998 trouxe previsão expressa no sentido de que o crime antecedente que gera bem idôneo para o delito de lavagem de dinheiro possa ser cometido no estrangeiro. Assim, o art. 2.º, II, da Lei 9.613/1998, estabelece expressamente: "Art. 2.º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: (...) II – independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país".

Em primeiro lugar, cabe esclarecer que o legislador brasileiro adotou um critério fechado ou *numerus clausus* para descrever os crimes que podem gerar bens suscetíveis e idôneos para serem "lavados". Assim, somente serão objetos de lavagem os bens que tenham sua origem ou procedam de um dos delitos previamente enumerados na Lei de Lavagem.[59] Nesse aspecto, conforme Cervini, Terra de Oliveira e Gomes:

"Seguindo o exemplo de outros países, o Brasil passa a considerar como delitiva a conduta de atribuir aparência de licitude ao dinheiro, bens e valores que estejam relacionados com determinados crimes anteriores. Para tanto elabora um elenco ou lista de 'delitos precedentes', que limitarão a incidência da lei nova. Trata-se de uma lista fechada, *numerus clausus*, de maneira que somente teremos o crime de lavagem de dinheiro se os valores ocultados ou dissimulados forem provenientes de algum dos delitos descritos nos incs. I a VII."[60]

Dessa feita, haja vista existir um rol taxativo dos delitos prévios que podem gerar bens que serão objeto material do delito de lavagem, não importa a gravidade da pena desses delitos.

Assim, de acordo com o art. 1.º da Lei 9.613/1998, os crimes antecedentes que podem gerar bens aptos a serem "lavados" são: tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; extorsão mediante sequestro; contra a Administração Pública; contra o sistema financeiro nacional; praticado por organização criminosa.

A nosso juízo, a redação desse preceito pode gerar problemas. Como já mencionamos, nosso legislador adotou um sistema fechado ou taxativo de crimes antecedentes. Por isso, e conforme o preceito contido no art. 2.º, II, da Lei

59. Nem todos os países adotam este sistema. O legislador espanhol, por exemplo, menciona que os bens suscetíveis e idôneos para constituirem-se em objeto de lavagem de dinheiro são os que têm sua origem ou procedam de um delito grave. Assim, o fator decisivo é a gravidade da pena, e não o delito propriamente dito.

60. CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio, ob. cit., p. 330.

9.613/1998, os crimes praticados no estrangeiro possíveis de gerar bens para a "lavagem" serão somente os previstos na lei brasileira.

Por essa razão, não será fácil a tarefa de aplicar o preceito contido nesse artigo. Isso porque, como frisamos, há menção, expressamente, de que os delitos prévios são "os crimes antecedentes referidos no artigo anterior", ou seja, o legislador restringiu a possibilidade aos delitos previstos na lei brasileira.

De acordo com a interpretação literal da lei, existem delitos prévios elencados na Lei 9.613/1998 que, se forem praticados no estrangeiro, não serão aptos a gerar bens objeto de lavagem de capitais no Brasil. Ao adotar um sistema taxativo, o legislador brasileiro deveria ficar adstrito aos delitos previstos em nossa lei. Para exemplificar: quando o legislador menciona os crimes cometidos contra o "sistema financeiro nacional" ou contra a "Administração Pública" como crimes antecedentes ao de lavagem de dinheiro, está fazendo referência ao sistema financeiro do Brasil ou à nossa administração pública. Assim, se um sujeito comete um crime contra o sistema financeiro da Alemanha e introduz os valores obtidos de forma ilícita no Brasil, não se pode falar em lavagem de dinheiro, isso se respeitarmos o princípio da reserva legal garantido pela Constituição Federal e pelo Código Penal.

Além disso, há outros delitos que praticados no estrangeiro não podem gerar bens idôneos para serem "lavados". A lei brasileira de lavagem de dinheiro estabelece o terrorismo como crime antecedente ao de lavagem. Nesse caso, há uma particularidade: o Brasil não possui a figura típica de terrorismo.[61] Portanto, como seria possível lavar bens procedentes de um crime de terrorismo praticado no exterior se o Brasil não descreve esta modalidade de conduta? Assim, ainda que o terrorismo seja praticado no estrangeiro e os bens obtidos através dele sejam introduzidos no Brasil, não acreditamos que possam ser considerados objeto de lavagem de dinheiro.

Outro crime antecedente ao de lavagem que pode trazer problemas é o praticado por uma organização criminosa. Novamente, não temos uma definição precisa de organização criminosa no Brasil.[62] Logo, se o legislador brasileiro não definiu o que é uma organização criminosa, ainda que esta pratique crimes

---

61. BARROS, Marco Antonio de, ob. cit., p. 14-15, assinala que o nosso Direito não define a figura típica do terrorismo. Embora a Constituição Federal e a lei que dispõe sobre os crimes hediondos façam menção ao crime de terrorismo, em nenhuma delas encontra-se a definição.

62. BARROS, Marco Antonio de, ob. cit., p. 28; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Apontamentos sobre o crime organizado e notas sobre a Lei n. 9.034. In: PENTEADO, Jaques de

no exterior e o seu proveito seja introduzido no Brasil, não serão objeto de lavagem de capitais.

Superados estes problemas, ainda resta outro, é dizer, como se define que a conduta praticada no exterior constitui um crime? O crime deve estar tipificado em ambos países, ou seja, onde o delito prévio foi cometido e onde os bens foram "lavados"? Basta a tipificação do delito no país onde foi cometido? E, além disso, basta a tipificação como crime no país onde foi introduzido para ser "lavado"?

Como mencionamos linhas acima, nossa legislação parece resolver o problema somente mencionando que os bens aptos a serem "lavados" devem proceder de um dos crimes taxativamente enumerados no art. 1.°, I a VII, da Lei 9.613/1998. A doutrina também não se posicionou a respeito.

É perfeitamente possível que o fato não seja crime no país onde foi executado, mas o seja segundo a legislação brasileira. Imagine-se a hipótese em que um sujeito vende drogas num país onde esteja despenalizada e legalizada tal atividade, ou quando realize um delito no exterior, também previsto na lei brasileira, mas sob o abrigo de uma causa de justificação não prevista no direito brasileiro. Se, posteriormente, transferem-se os bens que resultem de tal delito ao Brasil, quem oculta ou dissimula sua natureza será responsável pelo delito de lavagem de capitais de acordo com os dispositivos da lei brasileira?[63]

Com fundamento na doutrina estrangeira, não é adequada esta interpretação, pois não é possível a punição dos casos em que o fato no qual tem sua origem os bens não é delito no país aonde foram realizados. Isso porque, se um dos fundamentos da incriminação das condutas de lavagem é evitar o enriquecimento ilícito, enquanto estes bens procederem de fatos que no país onde foram realizados não constituem delito, não se pode afirmar que se produziu um enriquecimento ilícito. Mas, chega-se à mesma conclusão partindo-se de outra das razões da incriminação desta conduta, qual seja, a de evitar que se incorporem no tráfico econômico bens que não são lícitos. Assim, quando os bens não têm a origem delitiva não necessitam ser "lavados" e, pela mesma razão, sua incorporação ao tráfico econômico não pode produzir nenhuma alteração no mercado.[64]

Camargo. *Justiça Penal – Críticas e Sugestões 3*. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 167 e ss.; HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. *RBCCRim* 5/55 e ss.

63. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 249.

64. Cf. CARPIO DELGADO, Juana, ob. cit., p. 148.

Por fim, uma das finalidades da norma penal é a proteção de bens jurídicos através da incriminação de condutas que possam lesioná-los. As condutas que recaem sobre os bens que procedem de fatos que não são constitutivos de delito no país onde foram cometidos ou segundo a lei brasileira, de nenhuma maneira podem lesionar a circulação dos bens no mercado como bem jurídico protegido por este delito.[65]

Estamos de acordo com esta interpretação, ou seja, somente poderá haver o crime de lavagem de capitais se o delito previsto na lei brasileira que originou os bens aptos a serem "lavados" também constituir crime no estrangeiro. Assim, não basta a previsão expressa pelo legislador brasileiro dos crimes antecedentes que são aptos a gerar bens idôneos à lavagem. Torna-se necessária a verificação de se o fato também é previsto como crime no país de origem.

Para solucionar a questão, o melhor seria que utilizássemos o princípio da dupla incriminação,[66] referido pela doutrina estrangeira na extradição e também sustentado para os delitos de lavagem de dinheiro.[67] Isso porque, se o pressuposto essencial para que os bens constituam objeto material do delito de lavagem de capitais é que tenham sua origem num fato típico e antijurídico, o mesmo deve aplicar-se aos bens que procedam de um fato cometido totalmente no estrangeiro. Assim, os bens terão que proceder de um fato típico e antijurídico tanto no país onde foram realizados, como segundo a legislação brasileira. Por isso, dupla incriminação ou princípio da identidade.

Isso não significa que deva existir uma identidade total das leis penais que incriminem o fato prévio, no sentido de que ambos tipos delitivos protejam o mesmo bem jurídico e que sua estrutura seja a mesma, senão que as normas protejam um bem jurídico semelhante e que o tipo penal sancione sua lesão como um tipo comum.

Acreditamos, assim, que é imprescindível que o fato prévio cometido no estrangeiro tenha de ser típico e antijurídico tanto na legislação do país onde foi executado, como na legislação brasileira. Portanto, descabe a aplicação literal do conteúdo do art. 2.º, II, da Lei 9.613/1998 que faz referência expressa aos

---

65. Idem, ibidem.

66. Sobre o princípio da dupla incriminação, vide Garcia Arán, em: MUÑOZ, Conde; GARCIA, Arán. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 171 e ss.; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 4. ed. Barcelona: PPU, 1996. p. 24; SAINZ CANTERO, José A. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1990. p. 436; MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas, 1978. p. 175.

67. CARPIO DELGADO, Juana, ob. cit., p. 149; BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 249.

crimes referidos no artigo anterior (art. 1.º). Assim, só poderão ser objeto de lavagem os bens procedentes dos crimes previstos no art. 1.º da Lei 9.613/1998 e cometidos no exterior se, no país onde forem cometidos, também forem considerados fatos típicos e antijurídicos.

6. PROBLEMAS CONCURSAIS. PARTICIPAÇÃO NO DELITO PRÉVIO E NO DELITO DE LAVAGEM

Um problema que merece a atenção da doutrina é o de solucionar os casos em que o sujeito tenha participado tanto no delito prévio como na própria lavagem de dinheiro. Por exemplo, o sujeito intervém no crime de tráfico de drogas e, posteriormente, oculta ou dissimula a origem dos valores obtidos na comissão daquele delito.

Nesses casos, em que o sujeito intervém nos dois delitos, deve-se analisar por qual crime ou crimes será responsável. Vejamos algumas possibilidades.

6.1 Aplicação do princípio da consunção

Como as condutas estabelecidas na Lei de Lavagem são similares aos crimes de receptação e favorecimento real, seria possível sustentar que o autor do crime antecedente somente reponde por ele, ficando impune a conduta posterior.

Com relação ao crime de receptação, a doutrina majoritária brasileira reconhece que o sujeito ativo da receptação pode ser qualquer pessoa, salvo o autor, coautor ou partícipe do delito antecedente. Ainda que execute o crime antecedente, não poderá ser autor da receptação.[68] Essa fundamentação se deve à adoção do princípio da consunção. Nele a consumação se amplia para abarcar também, através de critérios valorativos, uma pluralidade de fatos, e ocorre nos casos de ações anteriores ou posteriores que a lei concebe, implícita ou explicitamente, como necessárias, ou aquilo que dentro de uma figura típica constitui o que normalmente ocorre. Assim, os fatos posteriores que significam um aproveitamento e, por isso, ocorrem regulamente depois do fato anterior, são por ele consumidos.[69] Por exemplo, no caso do furto, aquele que participa

68. JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal. Parte especial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. vol. 2, p. 426; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal. Parte especial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1986. vol. 2, p. 323; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte especial*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. vol. 1, p. 551.

69. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. A nova parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 377; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro. Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 134-135.

da conduta de subtração e depois compra a parte do outro, não responde por receptação.

De acordo com o sustentado para a receptação, o sujeito que participasse do delito prévio não poderia ser autor do delito de lavagem, pois sua conduta ficaria consumida pelo delito anterior.

Ocorre que, não é possível a aplicação do princípio da consunção ao delito de lavagem. Isso porque, para que ocorra um fato posterior impune, é necessário que a conduta do sujeito ativo lesione um mesmo bem jurídico. Assim, os tipos penais prévios previstos na Lei de Lavagem de capitais teriam que já incluir o desvalor da própria lavagem. Mas isso não ocorre, pois não há identidade de bem jurídico protegido entre os delitos prévios e o posterior delito de lavagem, uma vez que o delito de lavagem é uma figura autônoma que tem seu próprio bem jurídico, o que permite diferenciar com exatidão esse crime dos delitos prévios.

Desse modo, a conduta de lavagem de capitais do sujeito que também tenha participado do delito prévio lesiona um novo bem jurídico, permitindo a apreciação de uma nova infração, independente da que se realizou anteriormente. Portanto, pode-se concluir que não tem aplicação o princípio da consunção nos casos em que o sujeito ativo do delito de lavagem também tenha participado no delito prévio, porque não se cumpre a exigência de que os delitos anteriores já abarquem o desvalor da conduta posterior[70] ou que o autor não lesione nenhum bem jurídico novo, é dizer, que o bem jurídico lesionado pelo fato prévio e posterior coincidam.[71]

6.2 Aplicação analógica da regra do art. 349 do CP

Outra possibilidade é considerar as condutas posteriores ao delito prévio como favorecimento real (art. 349 do CP). Isso porque a hipótese de favorecimento real diz respeito, justamente, às pessoas que não tenham participado do delito prévio, ou seja, o auxílio deve ser prestado depois da prática do delito.

O sujeito do crime previsto no art. 349 do CP não pode ter participado do crime anterior, pois é impune a ação de "autofavorecer-se".[72] De acordo com isso, se o sujeito atua no delito prévio, por exemplo, tráfico de drogas, e depois

70. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte especial* cit., p. 376.

71. CARPIO DELGADO, Juana, ob. cit., p. 236.

72. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte especial* cit, p. 531; DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 537; SILVA

ajuda de qualquer forma a ocultar os bens provenientes daquele delito, não pode ser condenado pela ocultação, pois seria autor do delito prévio.[73]

Uma primeira análise do tipo penal do crime de lavagem de dinheiro permitiria esta interpretação, pois o art. 1.º da Lei 9.613/1998, menciona o termos "ocultar ou dissimular". Logo, aquele que trafica drogas e depois oculta o proveito obtido, em tese, estaria cometendo o delito de favorecimento real previsto no art. 349 do CP e, assim, ficaria impune por esta ocultação e não responderia pelo delito de lavagem que tem tipificação similar.

Um setor da doutrina espanhola defende essa posição, aplicando o privilégio do "autoencubrimiento" previsto no art. 451 do Código Penal espanhol[74] ao tipo de lavagem de dinheiro. Os argumentos utilizados para quem defende essa postura são no sentido de que, ainda que o artigo referente à lavagem de capitais mantenha silêncio a respeito do tema e constitua uma tipificação autônoma de um delito de "encubrimiento", é possível afirmar que o critério em que se apoia a impunidade do delito posterior cometido pelos responsáveis do fato prévio quando pretendam elidir a ação da justiça é o privilégio do "autoemcubrimiento" e o fundamento de tal fato reside no princípio da não exigibilidade de outra conduta distinta da realizada.[75]

O argumento da inexigibilidade de outra conduta reside no fundamento de que não se pode exigir de uma pessoa que delinquiu que se entregue à polícia ou à justiça. O sujeito, ante a possibilidade de evitar os efeitos prejudiciais que podem derivar-se da ação policial ou judicial, encobre seu delito mediante a ocultação dos bens que dele obteve. Assim, não se pode exigir uma conduta distinta de quem cometeu um delito e pretende sua ocultação mediante o encobrimento dos bens que daí derivaram, uma vez que se encontra numa situação em que resulta compreensível a atuação desta maneira. Do contrário, se estaria

---

FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997. vol. 1, t. II, p. 3875.

73. MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. 4, p. 390.

74. O art. 451 do Código Penal Espanhol estabelece: "Será castigado com a pena de prisão de seis meses a três anos o sujeito que, com o conhecimento da comissão de um delito e sem intervir no mesmo como autor ou cúmplice, intervém posteriormente a sua execução, de algum dos modos seguintes: 1.º Auxiliando aos autores ou cúmplices para que se beneficiem do proveito, produto ou preço do delito, sem ânimo de lucro próprio. 2.º Ocultando, alterando o inutilizando o corpo, os efeitos ou os instrumentos de um deleito, para impedir seu descobrimento".

75. BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 479 e ss.

exigindo uma declaração contra si mesmo e não se pode exigir do criminoso que se descubra, é dizer, não se pode castigar um criminoso porque encobriu os bens derivados do delito que cometeu, pois isto equivaleria a exigir-lhe uma declaração contra si mesmo.[76]

Não concordamos com essa posição. O bem jurídico tutelado no delito previsto no art. 349 do CP é a administração da justiça, pois o auxílio tem o sentido de assegurar o proveito do crime, dificultando ou impedindo a ação da justiça.[77] Nesse sentido, a doutrina brasileira assinala que o bem jurídico protegido, no crime de lavagem de dinheiro, é o sistema econômico e financeiro do país.[78] Assim, quando o sujeito do delito prévio realiza condutas que constituam um novo delito autônomo tipificado numa lei especial para castigar precisamente condutas dirigidas a evitar o descobrimento por parte das autoridades do delito prévio cometido, não tem aplicação o "autofavorecimento" previsto no art. 349 do CP.

As modalidades de lavagem de dinheiro previstas na Lei 9.613/1998 não tipificam condutas de favorecimento, ainda que possam parecer similares. É que a comissão de condutas típicas de lavagem não supõe o ataque ao bem jurídico administração da justiça, senão à circulação ou tráfico de bens no mercado econômico e financeiro do país, o que significa que as condutas de lavagem possuem uma tipificação autônoma.

6.3 Concurso material de crimes

Atualmente, a solução para os casos em que o sujeito participa do delito prévio e também do delito de lavagem de dinheiro é a aplicação do concurso de delitos, ou seja, deve-se aplicar a regra do concurso material de delitos prevista no art. 69 do CP.

A intenção do legislador, sem dúvida, foi boa. Aliás, todos os países vêm adotando leis que visam a combater a lavagem de capitais. O problema, como sempre, é a pressa do legislador em editar leis que, após a sua promulgação, dificilmente serão aplicadas. A solução passa para as mãos do Poder Judiciário, que, ao enfrentar a péssima técnica legislativa, acaba não dando efetividade à lei, é dizer, não consegue aplicá-la. A lei acaba misturando disposições penais e processuais, alterando regras já existentes, esquecendo garantias, tudo ob-

76. Com mais detalhes: BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 471 e ss.

77. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte especial* cit., p. 534.

78. BARROS, Marco Antonio de, ob. cit., p. 5.

jetivando sua aplicação, mas, na realidade, provoca o contrário, sua falta de aplicação pela péssima redação.

6.4 Desnecessidade do delito de lavagem de dinheiro. Confusão com figuras típicas pós-delitivas

Há uma corrente que defende ser desnecessário existir um tipo delitivo de lavagem de dinheiro, porque este se confundiria com comportamentos típicos pós-delitivos (receptação ou favorecimento) e, nesses casos, não se pune o autor do crime antecedente.

Miguel Bajo afirma que se cumpririam as exigências dos princípios de um Direito Penal moderno e também as pretensões dos organismos internacionais na luta contra o crime organizado se a nova figura delitiva fosse concebida como uma forma de participação pós-delitiva elevada a delito independente. Seguindo essas ideias, deveriam ocorrer as seguintes características: (a) o autor do delito de lavagem de dinheiro não poderia ter participado do delito anterior nem como autor nem como partícipe; (b) não se poderia impor uma pena superior à do delito precedente; (c) o novo delito participaria na proteção do bem jurídico do delito prévio; (d) deveria referir-se somente aos efeitos derivados dos delitos que se quer combater, isto é, os relativos ao crime organizado; (e) deveria evitar-se a pena para modalidade culposa; (f) deveriam abandonar-se as sanções administrativas e as medidas políticas e policiais dos casos que procedam.[79]

A lei que regula os crimes de lavagem de dinheiro no Brasil não cumpre com a maioria das características acima referidas, provavelmente porque pretende respeitar fielmente as diretrizes internacionais, sem perceber que estes organismos internacionais confundem seus objetivos de luta contra a criminalidade organizada com os instrumentos aplicáveis. Nunca a pena criminal foi o meio mais eficaz para essa tarefa, senão as medidas preventivas de caráter policial e político, particularmente as sanções administrativas ou outras medidas.

Ademais, a própria denominação do delito é desafortunada, "lavagem de dinheiro", que, evidentemente, não é uma expressão técnica, mas que pertence à gíria da criminalidade econômica. Ganhar-se-ia em claridade se a denominação de dita figura delitiva fosse "legitimação de ativos", mas não se solucionaria o paradoxo que se descreve um delito mediante um comportamento, não só inócuo, mas desejado.[80]

---

79. BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Política criminal y blanqueo de capitales. El desatinado delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 12.

80. Idem, p. 13.

Na gíria mercantil e financeira se entende por dinheiro negro ou sujo aquele que carece de possibilidade de ser controlado pelas Fazendas Públicas e, portanto, ser submetido ao dever de contribuição aos gastos públicos, imposto pelo sistema fiscal de um determinado país.

Observe-se que, para o proprietário do dinheiro, as vantagens do chamado dinheiro negro residem exclusivamente na liberação da carga que supõe contribuir ao gasto público através do pagamento dos diferentes impostos. Entretanto, as desvantagens são inúmeras. Na maior parte das ocasiões o dinheiro negro sequer pode ser corretamente controlado por seu proprietário, já que deve estar investido em operações anônimas, não identificáveis para o Fisco e, em consequência, tampouco para as partes. Ou, ainda, acaba por ser investido em operações financeiras situadas no exterior, o que, em todo o caso, impede a possibilidade de submeter as partes às regras do Direito das obrigações e contratos e, também como consequência, impossibilita de exigir-se cumprimentos ou de opôr-se faculdades através dos Tribunais de Justiça com a utilidade dos Registros da Propriedade e Mercantil.[81]

Nesse sentido, Bajo Fernandez entende que a lavagem de dinheiro é uma estratégia pela qual um sujeito possuidor de dinheiro subtraído do controle das Fazendas Públicas o incorpora ao correr da ilegitimidade, ocultando a infração fiscal implícita e, além disso, a origem delitiva da riqueza. Portanto, de acordo com o autor, a lavagem de dinheiro é uma atividade que deveria ser promovida desde todos os pontos de vista pelos poderes públicos, já que coincide exatamente com o objetivo do trabalho de inspeção de todos os mecanismos de inspeção econômica de um país: a inspeção da agência tributária, a inspeção do trabalho, etc.[82]

Assim, a única relevância que poderia ter a lavagem de dinheiro apoia-se na representação como participação no delito base, isto é, em seu significado como receptação ou favorecimento.

De outro lado, a exagerada reação ante a lavagem de dinheiro responde à equivocada ideia de que a operação é referente sempre a dinheiro de origem inconfessável, fato que nem sempre é verdadeiro. O dinheiro negro pode corresponder também a um conjunto de atividades não delitivas de caráter econômico que pertencem a denominada "economia submergida" porque não encontra reflexo nas estatísticas oficiais. Dentro da chamada economia oculta ou submergida habitualmente se inclui, ademais do contrabando, o tráfico de

81. Idem, ibidem.

82. Idem, ibidem.

drogas, a prostituição, os delitos fiscais e contra o meio ambiente, atividades lícitas ainda à margem da economia monetária como o autoconsumo, abundantes nos grupos agrários, e a troca, fenômenos que vêm se desenvolvendo nos países industrializados entre profissionais.[83]

Por todas estas circunstâncias, seria desaconselhável a criação de uma figura delitiva autônoma de lavagem de dinheiro à margem da participação criminal do favorecimento e receptação. Observe-se que os delitos de favorecimento e receptação se concebem como formas de participação pós-delititiva elevadas a delitos independentes, mas não como figuras alheias à participação, como se prova pelo fato de que não sejam aplicáveis a quem não tenha participado no delito favorecido, que se exija condenação do delito prévio e que a pena não possa ser maior do que a do delito base.[84]

Assim, a criação da figura delitiva do delito de lavagem não é mais do que um exemplo do novo fenômeno da expansão do Direito Penal no mundo moderno. Encontram-se presentes, aqui, as características denunciadas no Direito Penal expansivo, como a criação de tipos de perigo abstrato e a proteção de bens jurídicos diferenciados. Observe-se que a criação expressa do delito de lavagem de dinheiro ou lavagem de capitais como figura alheia à participação pós-delitiva implica na intenção de impedir que o dinheiro ou os bens originários do delito da organização criminosa (narcotráfico, armas, corrupção administrativa, etc.) possa ser utilizado por esta na comissão de novos delitos. O crime só se explica pelo *perigo* que se presume ínsito no comportamento, e não pela lesão próxima, ou mesmo distante, do bem jurídico.[85]

Entretanto, contemplar-se o fato típico desde a ótica de uma forma de participação (favorecimento) pós-delitiva, ainda que elevada à figura delitiva independente, faz com que nos movamos nos limites clássicos do Direito Penal.

Miguel Bajo conclui afirmando que a criação do delito de lavagem incorre em dois erros. Em primeiro lugar, acreditar que as medidas penais são mais eficazes do que as administrativas ou de outra ordem, na luta contra a delinquência. Em segundo lugar, pensar que o Direito Penal é um instrumento ideado para erradicar a delinquência. Sobre ambos equívocos não são necessárias grandes digressões, pois são de comum opinião. Há tempo que se insiste na necessidade de se utilizar as medidas menos lesivas na luta contra o delito, porque o Direito Penal é um instrumento tosco que opera depois de cometido

83. Idem, p. 14.

84. Idem, ibidem.

85. Idem, ibidem.

o fato delitivo. É um aparato rude porque utiliza as sanções mais lesivas do ordenamento jurídico que, impostas depois da comissão do delito, não têm como objetivo principal a extirpação do fenômeno criminal, mas outro fim distinto. Por outro lado, vã é recordar a reabilitação por parte da teoria sistêmica da tese de Durkheim, segundo a qual os delitos são consequência da existência das normas, por isso é infrutífero o esforço que pretenda exterminá-lo com sanções penais.[86]

7. PARTICIPAÇÃO CRIMINAL – DESTRUIÇÃO DAS GARANTIAS MÍNIMAS PARA O CONCURSO DE PESSOAS

O legislador brasileiro criou um dispositivo próprio para incriminar as pessoas que se vinculam de algum modo ao delito de lavagem de capitais, porém, ampliou demasiadamente a tipicidade das condutas previstas no tipo, desrespeitando, assim, os princípios que norteiam o concurso de pessoas.

O inc. II do § 2.º do art. 1.º da Lei 9.613/1998 refere que incorre na mesma pena do delito previsto no *caput* do art. 1.º quem: "II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei".

Note-se que a norma que incrimina a conduta leva em consideração tão somente o conhecimento do sujeito, não fazendo referência a qualquer outro requisito para sua incriminação como participante do delito de lavagem. O preceito é tão ou mais abrangente do que o próprio art. 29 do CP, o qual possui alguns requisitos necessários para configuração do concurso de pessoas.[87]

Na interpretação desse dispositivo que regula a participação criminal no crime de lavagem, acreditamos que os mesmos requisitos tradicionais do concurso de pessoas deverão ser observados. Isso significa que o partícipe, para que assim seja considerado, deve, além de ter o conhecimento de que participa do grupo, associação ou escritório destinado à lavagem, ter contribuindo causalmente para o resultado e possua vínculo subjetivo com os demais lavadores.

Dito de outro modo, não basta, como quer o legislador, que ocorra a participação, por exemplo, num escritório destinado à lavagem de capitais tendo conhecimento de que a atividade deste é a ocultação de valores proveniente de

86. Idem, p. 15.

87. CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 193 e ss.

delitos previstos na lei de lavagem. Além disso, é necessário que o sujeito tenha o vínculo psicológico e contribua causalmente para a produção do resultado.[88]

Com efeito, não há dúvidas de que, para a caracterização do delito de lavagem de dinheiro, é imprescindível a existência de conduta dolosa por parte do agente, mormente no que se refere à prévia ciência da prática dos delitos antecedentes e à vontade de ocultar ou dissimular os bens, direitos ou valores provenientes desse crime.

Note-se que não restam questionamentos a respeito da necessidade da consciência da prática dos crimes antecedentes pelo agente para a caracterização do delito de lavagem de dinheiro, bem como de sua vontade de ocultar ou dissimular os bens, direitos ou valores provenientes desses delitos. Realmente, conforme Pitombo:

"Na lavagem de dinheiro, o crime anterior constitui elemento objetivo do tipo, assim como se adotou o dolo como o conhecer e o querer os elementos objetivos típicos. A prática da lavagem de dinheiro depende, portanto, de o sujeito ativo saber da origem ilícita dos bens, para concretizar-se o tipo doloso. Isto quer dizer, o agente precisa ter ciência do delito prévio e querer realizar e ocultação ou a dissimulação da origem ilícita."[89]

Dessa feita, para a caracterização do dolo no delito em comento, o agente necessita conhecer a origem ilícita dos valores e querer ocultá-los ou dissimilá-los. Nesse sentido, nas palavras de do mesmo autor:

"Saber da natureza espúria dos bens (elemento cognitivo) e, mesmo assim, querer praticar a ação típica (elemento volitivo), para que haja a configuração do tipo doloso da lavagem de dinheiro. Antes de mais nada, essa cognição mostra-se ação de conhecer o fato anterior e entendê-lo criminoso. A necessidade da valoração, pelo agente, do sentido de crime (art. 1.º da Lei 9.613/1998) evidencia, outra vez, a natureza de elemento normativo do tipo."[90]

É necessário, assim, que o agente tenha, primeiramente, a consciência de que está lidando com bens, direitos ou valores originários da prática de algum dos delitos elencados nos incs. I a VII do art. 1.º da Lei 9.613/1998 – elemento cognitivo – e, além disso, possua a vontade de ocultá-los ou dissimulá-los – elemento volitivo:

---

88. Idem, 212-213; para aprofundar: CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Manole, 2004. p. 101 e ss.

89. PITOMBO, Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro. A tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 152.

90. Idem, p. 141.

"Portanto, o autor deve ter consciência de que está ocultando ou dissimulando dinheiro, bens ou valores cuja procedência saiba que está relacionada com os crimes previstos nos incs. I a VII do art. 1.º da Lei de Lavagem (tráfico, terrorismo, contrabando de armas, etc.). Em todas as operações que o autor realize deve saber que concorre para a prática de lavagem de dinheiro.

Ainda que o legislador brasileiro não tenha feito menção específica no tipo do art. 1.º da Lei, quanto ao conhecimento da origem ilícita dos bens, fez menção direta aos crimes dos quais os bens são provenientes. Por isso, só existe a possibilidade do delito de lavagem se o autor dissimula a natureza, origem, localização, disposição dos bens, quando saiba que estes provêm dos crimes antecedentes previstos na Lei. O dolo deve estar dirigido a esta conduta, ou seja, o autor atua porque conhece a origem criminosa dos bens e porque quer lhes dar aparência de licitude."[91]

Portanto, para que se empreste validade ao dispositivo que regula a participação criminal no delito de lavagem de dinheiro, a leitura só pode ser esta, porque, do contrário, estaríamos punindo qualquer funcionário que tivesse conhecimento do que se passa dentro grupo, associação ou escritório e nada fizesse para impedir o resultado, ou, ainda não denunciasse referidas pessoas. De outro lado, basta que se utilize o raciocínio existente para os demais delitos, ou seja, se um sujeito comum assiste inerte à comissão de um delito e nada faz, a sua omissão não o transforma em partícipe ou coautor deste delito (a não ser que seja garantidor, situação em que a regra de imputação seria outra).

Diante da amplitude do tipo penal em comento, a interpretação deve ser restritiva, observando-se os critérios tradicionais reservados ao concurso de pessoas, no sentido de que se evite o cometimento de injustiças ao se incluírem no rol de participantes do delito de lavagem meros funcionários sem qualquer ligação subjetiva com os verdadeiros lavadores de capitais do grupo, associação ou escritório que se destina ao cometimento do crime.

O fato é que várias denúncias são oferecidas contra sujeitos que tiveram alguma vinculação com o lavador (corretores de imóveis, agentes financeiros, etc.), porém, sem que se estabeleça qual o nexo causal entre estes e o autor do delito de lavagem. Simplesmente se utiliza o critério do "conhecimento" para validar a participação criminal, fato este que amplia demasiadamente o tipo penal e destrói os critérios mínimos de garantias penais.[92]

---

91. CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais da Lei 9.613/98* cit. p. 152.

92. CALLEGARI, André Luís. Participação criminal de agentes financeiros e garantias de imputação no delito de lavagem de dinheiro. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas;

Assim, o simples contato com bens de procedência duvidosa podem levar à concorrência para o crime do lavador, sem que se estabeleça qual a efetiva colaboração do partícipe para tal delito. Note-se que não há um critério estabelecido pela jurisprudência, o que leva ao alargamento do tipo penal para abarcar o maior número de condutas possíveis. Isso não se coaduna com a estrutura dogmática da teoria do delito, a qual possui critérios mínimos para a participação criminal. Portanto, o preceito da lei de lavagem deve ser aplicado de acordo com os institutos do concurso de agentes, garantindo-se, assim, a segurança jurídica aos que são acusados de um delito dessa gravidade.

8. RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS COMO POSSÍVEL PARTICIPAÇÃO CRIMINAL NO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO

A questão polêmica que timidamente começa a aparecer é sobre a participação do advogado no delito de lavagem de dinheiro, como se ele, necessariamente, fosse um partícipe pelo simples recebimento de honorários no exercício da defesa de seu cliente.

Nesse contexto, Vallés aponta a problemática atinente àqueles que aceitam valores sabidamente provenientes da prática criminosa para o exercício de sua atividade profissional:

"El anterior razonamiento no parece plantear dudas en cuanto a su corrección cuando un sujeto recibe bienes de origen delictivo en virtud de un acuerdo con el autor del delito previo para ejecutar un plan de ocultación de su procedencia. Nadie duda, por ejemplo, de que el individuo que recibe y acepta transportar con su coche elevadas cantidades de dinero en efectivo a un paraíso también debe serlo quien se ofrece a otro para dirigir un estabelecimiento abierto al público que funciona como una simples 'tapadera' que permite aflorar fondos procedentes de actividades delictivas. Por lo general, existe acuerdo en que estos supuestos, que pueden denominarse 'actos de organización del blanqueo', caen de lleno en el tipo objetivo de la presente infracción.

La solución no parece, sin embargo, tan evidente cuando la aportación de un sujeto a la actividad de blanqueo consiste en la mera prestación de los servicios propios de su profesión, es decir, en la realización de aquellas actividades que, en principio, se ofrecen a cualquier cliente que las solicite (negocios o conductas *standard*). Las dudas sobre si estas actividades son objetivamente

---

PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo penal integral*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 341 e ss.

idóneas para integrar el tipo del blanquero se extienden incluso a aquellos supuestos en los que el autor conoce o sospecha que los bienes con los que será retribuido provienen de la previa comisión de un delito grave. Comete un delito de blanqueo de capitales quien vende un lujoso automóvil a un conocido estafador? Y el panadero que cada mañana atiende a un vecino del que se dice en el barrio que vive exclusivamente de la venta de drogas? Deben ambos comerciantes negarse a realizar el negocio ante la sospechosa procedencia de los fondos?"[93]

Em realidade, a questão pode ser resolvida de maneira simples, já no plano constitucional. Nele, assegura-se o livre exercício da advocacia, sendo esta indispensável à administração da Justiça (art. 133 da CF/1988). Tal hipótese não impede a participação do advogado quando ficar demonstrada a sua atuação como organizador do esquema ou fiduciário do agente praticante da lavagem, porém, nestes casos, já não se trata mais de exercício da advocacia.

Importante deixar registrado que a livre escolha de um profissional de sua confiança é um direito do acusado que não lhe pode ser retirado e, de outro lado, o exercício profissional é um direito do advogado assegurado constitucionalmente.

O Tribunal de Hamburgo, analisando a matéria, menciona que o castigo do advogado que recebe honorários com dinheiro procedente de um delito prévio em nada contribui para o sustento da criminalidade que se pretende combater. Ao contrário, ter que retribuir economicamente à defesa, sempre que não se trate de um negócio simulado, supõe mais uma carga para o imputado do que um incentivo que possa movê-lo a cometer o delito: "normalmente se cometem delitos lucrativos porque o autor quer obter algum tipo de rendimento com os ganhos de sua conduta, não para se ver implicado num processo penal e poder pagar um advogado".[94]

Assim, como regra geral, o recebimento de honorários por parte dos advogados num processo penal não pode ficar objetivamente abarcado pelo tipo de lavagem de dinheiro.[95]

É claro que nem sempre a conduta do advogado será excluída, excepcionando a regra do regular exercício profissional, quando o advogado não se

93. RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. Blanqueo de capitales y negócios *standart*. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais* 7/163.

94. Idem, p. 169.

95. ARÁNGUÉZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 258.

limita a defender processualmente o seu cliente, mas intervém no objeto do procedimento, pretendendo alterá-lo de forma favorável ao acusado, e participa na transmissão dos bens procedentes do delito prévio. Tais casos não ficam abarcados pelo livre exercício da profissão de advogado e, em consequência, devem ser constitutivos de um delito de lavagem de dinheiro.

A outra hipótese referida pelo tribunal é aquela em que o pagamento de honorários se constitui numa fraude à proibição de lavagem, como ocorre, por exemplo, quando o advogado atua como fiduciário do lavador.[96]

Portanto, as condutas do advogado que se restrinjam a atividades quotidianas de exercício da advocacia não podem ser vistas, em qualquer hipótese, como participação no delito de lavagem de dinheiro, ainda quando o profissional receba como pagamento de honorários os valores de que não saiba (ou duvide) a procedência.

Nesse tópico, encontram-se as atividades neutras, normais ou socialmente adequadas, onde se insere justamente o trabalho do advogado (assessor fiscal, empregados de bancos, notários, etc.). Nesses casos, devem ser invocados os princípios da imputação objetiva para exclusão da responsabilidade penal, abandonando-se os critérios de simples relação de causalidade que podem conduzir a condenações insólitas. Assim, para a atipicidade do comportamento, os critérios devem ser os do risco permitido, princípio da confiança e o da proibição de regresso.[97]

Em casos tais, as condutas relacionadas, exclusivamente, ao exercício da atividade profissional de advogado são denominadas de condutas *standart*, inexistindo qualquer sentido jurídico na sua punição.

A situação se modifica nos casos em que o trabalho do advogado consiste em assessorar seu cliente sobre como obter uma maior rentabilidade dos bens obtidos ou como ocultá-los de maneira eficaz à ação das autoridades. Nesses casos, o advogado contribui diretamente para a manutenção da capacidade econômica do autor do delito prévio e, portanto, sua conduta deve ser castigada atendendo aos fins da punição do delito de lavagem.

Uma última consideração sobre o tema, que pode ser o ponto fundamental dessa discussão, é o caso dos honorários de boa-fé (*bona fide fess*). Nesse con-

96. PALMA HERERRA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid: Edersa, 1999, p. 534.

97. BAJO FENANDEZ, ob. cit., p. 19; CALLEGARI, André Luís. Participação criminal de agentes financeiros... cit., p. 341 e ss.

texto, considera-se que a questão fundamental radica no fato de saber se os honorários foram pagos de boa-fé, sem qualquer engano para a representação concernente à responsabilidade pessoal do acusado. Assim, afirma-se que não existe o abono de honorários *bona fides* se se trata de um plano pré-concebido para manter os interesses do acusado ou de um terceiro sobre certos ativos ou utilizá-los de forma que suponha um interesse para aquele. Por exemplo, se os honorários superam de forma vultosa o valor dos serviços prestados e existe um acordo entre o advogado e o cliente para transferir ditos ativos – ao cliente ou ao terceiro – então não se considera que não são *bona fides*, mas, que constituem um delito de lavagem de dinheiro.[98]

9. CONCLUSÃO

Hassemer já assinalava que o Direito Penal material e o Direito Processual Penal estão unidos funcionalmente. Um direito penal autenticamente respeitoso aos princípios jurídicos só é possível se também o é o Direito Penal material. A criminalização em grande escala no Direito Penal, consequentemente, conduz a um direito processual regulado para essa grande escala. "Atuar com justiça" não é, por conseguinte, um problema do Direito Processual Penal, mas também do Direito Penal material.[99]

As pontuais reformas penais e processuais muitas vezes não se harmonizam com a legislação especial, fato este que deságua nos tribunais para que se decida a solução aplicável ao caso concreto. Ademais, os princípios constitucionais que deveriam nortear a aplicação das leis são olvidados, buscando-se uma efetiva aplicação do Direito Penal como forma de realização da justiça, fato esse que seria, equivocadamente, a solução dos problemas sociais.

Houve um aumento considerável nos processos criminais por lavagem de dinheiro, pois, segundo uma interpretação equivocada dos que atuam na área criminal, quase tudo compreende esse novo fenômeno criminal (ocultação ou dissimulação de bens). Emprestamos tipicidade a condutas que muitas vezes nem encontram descrição em nosso ordenamento jurídico, recebemos denún-

98. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El critério de los honrarios profisionales *bona fides* como barrera del abogado defensor frente al delito blanqueo de capitales: un apunte introductório. *Política Criminal y Blanqueo de Capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 221-222.

99. HASSEMER, Winfried, Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Ciudad Real: Editorial Tirant lo Blanch, 1992. t. XLVI, fasc. II, p. 246.

cias com provas precárias e indiciárias de crimes antecedentes, o ônus da prova foi invertido, isto é, o suspeito, investigado ou réu é que deverá provar sua inocência! Aceitamos a delação premiada, sem qualquer previsão de sua instrumentalidade, onde os delatores podem silenciar nas audiências a respeito dos fatos que comportam a delação. Há um patente desequilíbrio nos delitos de lavagem de dinheiro em relação à igualdade de condições no processo. Enfim, nos restam as correções desse rumo equivocado pelo STF, já que a doutrina no Brasil vem perdendo força e os fenômenos penais expansivos ganham terreno todos os dias.

10. BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *La prevención del blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 1998.

ARÁNGUÉZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal, parte general*. 5. ed. Madrid: Akal/Iure, 1998.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Política criminal y blanqueo de capitales. El desatinado delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1979.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

CALLEGARI, André Luís. Breves anotações sobre o concurso de pessoas. *Revista dos Tribunais*. vol. 761. p. 454 e ss. São Paulo: Ed. RT, mar. 1999.

_____. *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais da Lei 9.613/98*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Manole, 2004.

_____. Participação criminal de agentes financeiros e garantias de imputação no delito de lavagem de dinheiro. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo penal integral*. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; CANCIO MELIÁ, Manuel; BARBOSA, Paula Andrea Ramírez. *Crime organizado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Ed. RT, 1998.

CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

D'AVILLA, Fábio Roberto. A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. n. 79. ano 7. p. 4. São Paulo: IBCCrim, jun. 1999.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro*. Campinas: Millennium, 2008.

DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El blanqueo de capitales en el derecho español*. Madrid: Dykinson, 1999.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. *Actualidad Penal*. n. 32. p. 611. Madrid: Actualidad Alcobendas, 1994.

FABIAN CAPARROS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. A nova parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *Lições de direito penal. Parte especial*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. vol. 1.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*. Barcelona: Cedecs, 1996.

_____. Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el derecho español. *Estudios de derecho penal económico*. Castilla-La Mancha: Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El critério de los honrarios profisionales *bona fides* como barrera del abogado defensor frente al delito blanqueo de capitales: un apunte introductório. *Política Criminal y Blanqueo de Capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995.

_____. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Ciudad Real: Editorial Tirant lo Blanch, 1992. t. XLVI, fasc. II.

_____. Segurança Pública no Estado de Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 5. ano 2. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 1994.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general.* 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal. Parte especial.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. vol. 2.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Apontamentos sobre o crime organizado e notas sobre a Lei n. 9.034. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. *Justiça penal – Críticas e sugestões* 3. São Paulo: Ed. RT, 1995.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. 4.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98.* São Paulo: Malheiros, 2007.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general.* 4. ed. Barcelona: PPU, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal. Parte especial.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 1986. vol. 2.

MONTAÑES PARDO, Miguel Angel. *La presunción de inocencia.* Madrid: Marcial Pons, 1999.

MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. *Derecho penal. Parte general.* Madrid: Civitas, 1978.

MUÑOZ, Conde; GARCIA, Arán. *Derecho penal. Parte general.* 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

PALMA HERERRA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales.* Madrid: Edersa, 1999.

PALOMO DEL ARCO, Andrés. Receptación y Figuras Afines. In: VIVES ANTON, Tomaz; MANZANARES, Samaniego. *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial).* Madrid: Consejo General de Poder Judicial, 1996. Estudios de Derecho Judicial 2.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídicos penais.* São Paulo: Ed. RT, 1992.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro. A tipicidade do crime antecedente.* São Paulo: Ed. RT, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro. Parte geral.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios a la parte especial del derecho penal.* Pamplona: Aranzadi, 1996.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. Blanqueo de capitales y negócios standard. *Revista Ibero-americana de Ciencias Penais.* n. 7. ano 3. Porto Alegre: Centro de Estudos Ibero-americano de Ciências Penais, 2002.

RENART GARCÍA, Felipe. El blanqueo de capitales en el derecho suizo. *Revista del Poder Judicial.* n. 50. p. 119-166. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998.

SAINZ CANTERO, José A. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1990.

SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997. vol. 1, t. II.

VIDALES RODRIGUEZ, Caty. *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

ZARAGOZA AGUADO, Javier. El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación. *Cuadernos de Derecho Judicial*. San Sebastián: Centro de Documentación Judicial, 1994.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro, de Ela Wiecko V. de Castilho – *RBCCrim* 47/46;
- Crimes de lavagem e o devido processo penal, de Marco Antonio de Barros – *RIASP* 9/237;
- Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório, de Luiz Regis Prado – *RT* 860/433;
- Lavagem de dinheiro no futebol, de Jorge Akira Miwa – *RBDD* 18/43;
- O Banco Central e a nova regulamentação da prevenção à lavagem de dinheiro no âmbito do sistema financeiro: anatomia da Circular 3.461/2009, de Márcio Adriano Anselmo – *RDB* 50/126;
- O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução, de Celso Sanchez Vilardi – *RBCCrim* 47/11; e
- Uma reflexão sobre as dificuldades da investigação criminal do crime de lavagem de dinheiro, de Arthur Pinto de Lemos Júnior – *RT* 864/446.

56490

2 DERECHO PENAL DEL TRABAJO: UN RETO PARA LA INTEGRACIÓN PENAL SUPRANACIONAL

JUAN M. TERRADILLOS BASOCO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: Los derechos colectivos de los trabajadores están reconocidos tanto en las constituciones de nuestros respectivos países como en los convenios internacionales de integración económica y política. Es necesario, por tanto, implementar estrategias de protección eficaz de los mismos. Entre esas estrategias se incluye el Derecho penal. El "Derecho Penal del Trabajo", construido con respeto a los límites y garantías propios de los sistemas democráticos, es, así, instrumento imprescindible en la protección del derecho a la salud, a la vida, a la igualdad, a la libertad sindical etc., de los trabajadores.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal del Trabajo - Integración internacional - Derechos fundamentales - Derechos de los trabajadores.

ABSTRACT: The collective rights of the workers are recognized both in the constitutions of our respective countries and in the international agreements on economic and political integration. Therefore, it is necessary to implement effective strategies to protect them. Criminal law is one of these strategies. The "Labor Criminal Law", built within the limits and guarantees of the democratic systems, is therefore, an essential tool for the protection of the workers' rights to health, to life, to equality, to the union freedom etc.

KEYWORDS: Labor Criminal Law - International integration - Fundamental rights - Workers' rights.

SUMARIO: 1. Introducción - 2. Los derechos de los trabajadores como "valor" constitucional - 3. Los derechos de los trabajadores como "valor" en los procesos de integración penal - 4. La legítima tutela jurídico-penal: 4.1 ¿Qué?. Bienes jurídicos a proteger penalmente; 4.2 ¿Por qué?. Los derechos de los trabajadores en la realidad:

4.2.1 Igualdad; 4.2.2 Vida y salud; 4.2.3 Libertad-dignidad; 4.2.4 Libertad sindical y derecho de huelga. 4.2.5 Libertad de movimientos; 4.3 ¿Cómo?: 4.3.1 Principio de prevención; 4.3.2 Protección fragmentaria; 4.3.3 *Ultima ratio*. 4.3.4 Los derechos de los trabajadores como bienes jurídicos colectivos; 4.3.5 ¿Qué Derecho Penal del Trabajo? 5. El marco procesal – 6. Propuesta de síntesis – 7. Bibliografía – Anexo I. Código Penal español – Anexo II. Eurodelitos – Parte Especial.

1. INTRODUCCIÓN

"Empresa que dificulta ou impede a amamentação de nascituro, colocando a mãe como volante em locais diversos, além de impor-lhe curso em cidade diversa do seu domicilio, tudo com o fito de esvaziar a garantia legal, comete assédio moral. O aleitamento materno é de importância ímpar para a higidez física da criança, protegendo-a contra infecções, diarréias e doenças respiratórias. Se a criança vem a contrair uma das patologias prevenidas pelo leite materno o assédio assume proporções grotescas e inaceitáveis, sendo absolutamente carente de justificativa jurídica, moral ou medida, a afirmação de que o aleitamento direto poderia ser substituído pelo armazenamento. Impedir a autora, mãe, de prestar assistência à filha recém-nascida que encontra-se com problemas de saúde, e ainda acusá-la de utilizar-se desse expediente para não trabalhar, mormente quando a criança acaba vindo a óbito, sem ter em seus derradeiros dias, ao menos o conforto do calor materno, caracteriza o mais alto grau de desumanidade e de abuso, além de grave conduta lesiva a honra subjetiva da empregada... Pelo que, *acordam* os Juízes da 6.ª Câm. do TRT da 12.ª Reg. (...) *dar provimento ao recurso da autora* para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de 100 (cem) vezes a última remuneração da autora" (Florianópolis, 13.07.2011).[1]

Se ha dicho[2] que la calidad de un sistema democrático no se mide por los derechos que proclama, sino por aquellos derechos que está dispuesto a sacrificar. Por eso, cuando ataques graves a derechos fundamentales tienen como única o principal consecuencia una reparación económica, es lícito deducir que la calidad democrática del sistema es susceptible de notorias mejoras.

En esta sesión de trabajo intentaremos analizar en qué medida y bajo qué condiciones es pertinente la tutela jurídico-penal de los derechos específicos de los

1. Grupo de Investigación PAI-SEJ-378.
2. Ponencia presentada a 17.º Seminário Internacional de Ciências Criminais – IBCCrim. São Paulo, 23 a 26.08.2011.

trabajadores, de modo que los inevitables ataques que se les inflijan no supongan la aceptación resignada de un sacrificio en honor de intereses económicos, sino el objetivo a combatir con los medios propios del Estado de Derecho.

2. LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES COMO "VALOR" CONSTITUCIONAL

Es imprescindible, como punto de partida, subrayar el alto valor que los derechos de los trabajadores tienen reconocidos en nuestros textos constitucionales.

El ejemplo más inmediato viene dado por la *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988, cuyo art. 1.º declara: "A República, (...) tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (...)".

Con ese punto de partida, el art. 5.º, XLI precisa que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (...)". Y los arts. 7.º, 8.º y 9.º concretan los derechos fundamentales propios de los trabajadores, entre ellos: "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária (...), salário mínimo (...), proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa (...), redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde,higiene e segurança" (art. 7.º da CF), "livre associação profissional ou sindical" (art. 8.º da CF), "direito de greve" (art. 9.º da CF).

Los derechos fundamentales de los trabajadores no constituyen, pues, una declaración de piadosas intenciones, sino derechos subjetivos, positivizados en normas, de origen nacional o supranacional, que tienen aplicación inmediata (Constitución, art. 5.º, § 1.º).

El sistema español es semejante: la Constitución consagra, fundamentalmente, los derechos "al trabajo, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente" para satisfacer las necesidades personales y familiares (art. 35.1); "a la negociación colectiva laboral" (art. 37.1) y a la libre sindicación, aclarando que "la libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección, el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses" (art. 28). Por su parte, el art. 40.2 impone a los poderes públicos el deber de velar por la seguridad en el trabajo.

3. LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES COMO "VALOR" EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN PENAL

Los derechos de los trabajadores constituyen un valor también en los procesos de integración internacional.

La *Convención Americana de Derechos Humanos*, por ejemplo, declara que "Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas" (art. 6.1). La tutela de la dignidad personal se proyecta, en este caso, sobre el ámbito del trabajo.

En otros casos, la cooperación internacional incide directamente en el plano de los derechos sociales: el *Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo* (Decisión n. 584) y su reglamento (Resolución n. 957), es una decisión específica, vigente y obligatoria para los países miembros de la Comunidad Andina, que consagra derechos en materia de prevención de riesgos laborales. Y la Carta Sociolaboral de la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas, ratificada en la Habana el 18.03.2010, adopta el compromiso de impulsar una legislación y una jurisdicción supranacionales en tutela de los derechos laborales y asistenciales básicos.

Hay que tener en cuenta, además, que la relevancia de los derechos sociales no se vincula solamente a la dignidad de sus titulares individualmente considerados. Los derechos sociales tienen una innegable dimensión institucional. Se integran en el entramado político-económico como elementos definidores del mismo. Es lo que reconoce paladinamente el Preámbulo de la *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo*: "Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições (...). Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios".

Los pactos internacionales en materia de derechos humanos o, más en concreto, de derechos sociales esenciales, no son el único marco de compromiso por parte de los diferentes Estados. La integración económica, en principio tan alejada de la tutela de los derechos humanos, supone reglas económicas comunes, y, por lo mismo, el reconocimiento de valores subyacentes también comunes. La integración económica entre Estados democráticos, es así, integración sobre valores mínimos compartidos por todos, sin que la matriz crematística pueda soslayar el respeto por los derechos fundamentales (BAZÁN).

El más importante impulso de integración supranacional en Iberoamérica está representado por Mercosur. Sus objetivos esenciales son: asegurar la libre circulación de los bienes y otros factores productivos (servicios, capitales y

personas); coordinar condiciones de competencia y políticas macroeconómicas; y armonizar las legislaciones de sus Estados miembros, de manera que todo el espacio económico funcione como un solo mercado.

Estas metas, comparadas con los de la Unión Europea –que tiene un nivel de integración económica, política y jurídica superior– pueden parecer modestos (VENTURA), pero la defensa de un ámbito en el que competir limpiamente, exigió pronto, a través del *Protocolo de defensa de la Competencia del Mercosur*, la incorporación de normas de carácter penal (SCHURMANN y PEREIRA).

El importante reto de implementar un solo mercado exige una normativa de armonización, unas reglas del juego comunes, incluso en el interior de cada empresa. La garantía de derechos básicos de los trabajadores no es sólo consecuencia del reconocimiento de su dignidad; es también exigencia del juego económico competencial, incompatible con posiciones de privilegio de las que se beneficiarían los emprendedores que practicasen el *dumping* laboral.

Conviene, no obstante, rehuir planteamientos ingenuos: es más que posible que el nulo interés que respecto a Mercosur exhiben ciertos sectores empresariales responda a las ventajas que obtienen gracias a la explotación garantizada por la economía informal (FARIA). Ya en un ámbito distinto, pero paralelo, como es el de la tutela del medio ambiente, Brasil se vio obligado a liderar la coordinación de las políticas ambientales de los Estados parte, dado que, de otro modo, su legislación en la materia, más progresista y rigurosa que la de sus vecinos, habría terminado por provocar desvíos de inversiones y de actividad económica a los Estados más tolerantes o irresponsables (CHAGAS).

Así se ha entendido en la experiencia europea, en la que la implementación de un marco económico único ha exigido la armonización de la normativa sobre derechos de los trabajadores. Es el caso, por ejemplo, de la lucha contra la siniestralidad laboral, aspecto sobre el que el *Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, era inequívoco: "Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad" (art. II-91.1). La *non nata* Constitución Europea evidencia así su voluntad de sumarse a la copiosísima normativa comunitaria que tiende a asegurar unos niveles mínimos de seguridad en el trabajo, abriendo la puerta a la adopción de medidas europeas de tutela entre las que no se pueden excluir las penales (TERRADILLOS, 2005).

Además del art. II-91-1 del *Proyecto de Tratado,* concurren a la creación de un cuadro unitario de protección otros preceptos: art. II-117: protección de los jóvenes, en particular "contra todo trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social"; art. III-133:

prohibición de discriminación de los trabajadores en virtud de la nacionalidad en lo referido a las "condiciones de trabajo"; art. III-209: proclamación, como objetivo de la Unión Europea, de la "mejora de las condiciones de vida y de trabajo" etc.

El *Tratado de Lisboa*, al introducir en el *Tratado de la Unión Europea* el art. 69-B, abre el portillo al establecimiento de normas penales, mediante directivas, siempre que la materia haya sido objeto de previa aproximación legislativa y la regulación penal resulte "imprescindible" para la eficacia de la armonización.

La armonización en esta materia resulta ineludible, dado que se trata de compartir reglas comunes en un ámbito caracterizado por la diversidad: existen ordenamientos "centrífugos" –caso de Francia e Italia– en los que multitud de preceptos de contenido penal, dispersos en la legislación sectorial, más que a proteger bienes jurídicos definidos, se orientan a reforzar el cumplimiento de normas laborales. En otros supuestos, *verbi gratia* el Reino Unido, se limita la protección penal a la vida y salud de los trabajadores. Alemania y España, ésta por medio exclusivamente del *Código Penal*, representan un sistema intermedio: más amplio en sus objetivos tutelares que el británico y de normativa menos dispersa que el italiano o el francés (NIETO MARTÍN).

Esa imprescindible "armonización" en materia de derechos fundamentales colectivos de los trabajadores ha sido el objetivo de concretas Directivas de la Unión Europea.

En consonancia con el derecho de los trabajadores a condiciones de trabajo justas y equitativas, consagrado por el art. 30 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, la *Directiva 93/1104/CEE* fija derechos mínimos relativos a la ordenación del tiempo de trabajo, al empleo de jóvenes y a la prohibición de trabajo de niños.

La *Directiva del Consejo 00/78/CE* establece un marco general para la igualdad de trato en el trabajo, frente a la discriminación por razones étnicas, raciales, religiosas, ideológicas, o basadas en la discapacidad, edad u orientación sexual del trabajador.

La norma europea de referencia en materia de lucha contra la siniestralidad laboral es la *Directiva 89/391/CEE*, relativa a las medidas dirigidas a mejorar las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores.

La *Directiva 94/45/CE* garantiza, en empresas de dimensión comunitaria, el derecho de información y consulta de los trabajadores, como facetas de los derechos de libertad sindical. El derecho de huelga, por su parte, es objeto de reconocimiento explícito en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

4. LA LEGÍTIMA TUTELA JURÍDICO-PENAL

En un contexto en que, con notoria simplificación, se identifica la defensa de las libertades con la inhibición penal, y la intervención penal del Estado con el olvido de los derechos humanos (GRACIANO), resulta complejo reivindicar la implementación o la ampliación de la tutela jurídico penal de los derechos de los trabajadores. Sin embargo, hay que dar la vuelta al planteamiento, pues lo que resulta experimentalmente obvio es que en el Estado democrático, el respeto a los derechos fundamentales exige políticas penales dirigidas a la tutela, precisamente, de esos derechos, mientras que, en los modelos totalitarios, el control penal, cercano en ocasiones al terror penal, abandona la tutela de los derechos fundamentales para dirigirse al logro de otros objetivos menos confesables (TERRADILLOS, 2009).

Por otra parte, tal como hemos visto, una sumaria lectura de cualquiera de nuestras Constituciones pone de relieve la existencia de bienes jurídicos de primer rango, que se vinculan al mundo del trabajo. Libertad de sindicación, de acción sindical, de huelga, de desplazamiento y acceso al trabajo, son derechos de inequívoca naturaleza social. Pero también otros, como vida, salud, dignidad, igualdad o derechos asistenciales, se integran en el mundo del trabajo con características propias: el derecho a la vida o a la salud no puede ser contemplado en abstracto, sino, precisamente, a partir de las cifras de la siniestralidad laboral; la igualdad o la dignidad perderían todo su contenido si fuesen considerados al margen de la estructura empresarial, que es una estructura jerarquizada, desigual por naturaleza, en la que unos deciden y ordenan, los otros obedecen y ejecutan; los derechos asistenciales de quienes a lo largo de su vida han sustentado el sistema público y solidario de asistencia y seguridad social solo pueden ser correctamente entendidos, y protegidos, dentro de ese sistema etc.

Existe todo un conjunto, por tanto, de derechos, de rango constitucional, con una relevante función institucional en los que, además, concurre otra característica definidora muy importante: se trata de derechos que han de ser contemplados en su dimensión colectiva. Como derechos del trabajador A, B o C, pero como derechos, también, del colectivo de trabajadores.

Derechos colectivos, pues, que no pueden tener rango inferior al de los derechos individuales. La dimensión colectiva no les resta valor; por el contrario, en el marco del Estado social, les añade jerarquía. Esta consideración, obvia por otra parte, está en la base de la legitimidad de la tutela penal de los derechos de los trabajadores: son derechos que no pierden relevancia por

el hecho de tener naturaleza colectiva, ni se degradan cuando sus titulares traspasan las puertas de los establecimientos en que trabajan.

Corresponde ahora concretar la respuesta a tres preguntas capitales: ¿qué se puede proteger penalmente?, ¿por qué? y ¿cómo hacerlo?.

4.1 ¿Qué?. Bienes jurídicos a proteger penalmente

Intervención jurídico-penal en defensa de los derechos de los trabajadores no puede ser sinónimo de punitivismo expansionista.

Toda reivindicación de nuevas criminalizaciones, en el marco de un sistema penal democrático, ha de venir acompañada de criterios de legitimación y de garantías limitadoras. Y la primera condición de admisibilidad del "Derecho Penal del Trabajo" es que respete escrupulosamente los límites fijados por el principio del bien jurídico.

Quizá pueda resultar extemporánea la reivindicación, hoy, de un principio de inequívoca impronta ilustrada, que nació como mecanismo limitador. Pero es lo cierto que, mal interpretado, se ha transformado en el gran *alibi* de la expansión punitiva, que se lanza en pos de intereses de dudosa relevancia, olvidando que el Derecho penal sólo debe asumir la tutela de aquellos bienes jurídicos que puede proteger eficazmente sin romper las reglas clásicas de imputación (HASSEMER).

No es, sin embargo, éste el mal que acecha al "Derecho Penal del Trabajo". Aquí, los bienes jurídicos puestos en juego distan mucho de ser creaciones artificiales del legislador: vida, salud, libertad, dignidad, honor, igualdad, libertad de asociación, de reunión, de expresión, de movimientos, no son bienes jurídicos que puedan pasar a un segundo plano sólo por el hecho de que su titular sea, no la persona en abstracto, sino el ciudadano en cuanto trabajador.

Si, a los meros efectos de hilo expositivo, se toma el modelo español o el europeo – representado por los denominados "eurodelitos" (NIETO MARTÍN) –, encontramos que los delitos contra los derechos de los trabajadores no son creación arbitraria de un legislador penal inquisitorial, sino ataques reales a una relación de bienes jurídicos de importancia tan obvia que excusa el recurso a mayores alegatos.

La imposición ilegal de condiciones de trabajo, del art. 311 del *Código Penal* español, del art. 225-13 del *Code Pénal* francés, o del art. 23 de la propuesta de "eurodelitos", por ejemplo, afecta a bienes jurídicos tan importantes como los consagrados por los arts. 10.1, 35, o 40 de la *Constitución Española* (dignidad

personal como fundamento del orden político, derecho al trabajo, pleno empleo y promoción profesional etc.).

Por su parte, los derechos de los ciudadanos extranjeros, que pueden resultar negativamente afectados por alguna de las conductas de los arts. 312 y 313 del *Código Penal* español, o 28 del catálogo de "eurodelitos", también han de ser valorados a la luz del art. 13.1 de la *Constitución Española* ("1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas (...)").

El bien jurídico "igualdad" no puede, tampoco, ser preterido por el legislador, y el *Código Penal* español, en su art. 314, o el art. 24 de la propuesta de "eurodelitos" castigan la discriminación laboral. Lo que no supone sino proyectar, en el ámbito penal, la relevancia que el art. 14 de la Constitución concede al principio de igualdad ante la ley, como criterio conformador del ordenamiento jurídico y valor superior del mismo, que se manifiesta en la prohibición específica de discriminación y en la correspondiente intervención frente a conductas anti-igualitarias particularmente rechazables. En el mismo sentido venía presionando el Derecho comunitario, especialmente a partir de la jurisprudencia del *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* (Baylos).

El art. 315 del *Código Penal* español, con más amplitud que el art. 26 de "eurodelitos" –que no incluye el derecho de huelga– castiga impedir o limitar el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga, con lo que no hace sino dar respaldo al art. 28 de la Constitución.

Y los arts. 316 y 317 del *Código Penal* español, en consonancia con el art. 25 de "eurodelitos", tutelan bienes jurídicos tan tangibles, y de tal entidad, como son la vida y la salud de los trabajadores. Sería ocioso argumentar sobre su respaldo constitucional.

De este somero análisis, puede deducirse que el "Derecho Penal del Trabajo" supera, sin dificultad, el primer test de legitimidad: no se lanza a la búsqueda de objetos de protección de dudosa existencia o admisibilidad, sino que se limita a intentar la tutela de bienes jurídicos de relevancia constitucional, ampliamente acogidos en Derecho internacional y comparado, con tradición en el Derecho penal interno, dentro del que no pueden perder importancia por el hecho de que su titular sea contemplado en su específica faceta de trabajador (Terradillos, 2010a).

4.2 ¿Por qué?. Los derechos de los trabajadores en la realidad

La realidad nos muestra, por el contrario, que los derechos fundamentales dejan de serlo cuando su titular es el colectivo de trabajadores.

4.2.1 Igualdad

El derecho a la igualdad es un buen ejemplo de retroceso frente a la discriminación por razón de género. En la Unión Europea (2010) las mujeres cobran, por la realización de un trabajo equivalente, un 15% menos que los hombres. En España la situación es aún pero: el porcentaje asciende al 27,3%.

En Argentina están laboralmente activas el 52% de mujeres entre 15 y 65 años; en el caso de los varones el porcentaje es del 74%. El 39% de asalariadas desempeña su trabajo "en negro", frente a un 33% de los varones. Las mujeres ganan un 24% menos que los varones en los mismos puestos de trabajo (CTA).

4.2.2 Vida y salud

Las cifras también hacen ver cómo el derecho a la vida y a la salud se relativizan cuando se trata de vida y salud de los trabajadores.

En Brasil, los accidentes laborales registrados en 2000 fueron 376.240, de los cuales, 3.906 resultaron letales (FELICIANO, 2008).

En España, la cifra de accidentes de trabajo anuales llega al millón. Las víctimas mortales vienen oscilando en torno a los mil, con un ligero descenso en los últimos años como consecuencia de la caída de la actividad en el sector de la construcción.

Naturalmente estas cifras deben ser incrementadas teniendo en cuenta que una buena parte de accidentes de trabajo son tratados dentro del sistema general de salud –evitando así gastos a las mutuas patronales que cubren estos riesgos–, lo que es aún más claro en el caso de los trabajadores inmigrantes irregulares: en este supuesto tanto empleador como empleado están interesados en mantener la clandestinidad del trabajo. De acuerdo con el "Informe Durán", las estadísticas españolas dejan sin contabilizar un 13,6% de los accidentes (DURÁN).

Frente estos datos, de extraordinaria magnitud, la respuesta penal es tan exigua que no alcanza ni el nivel de lo simbólico. Según el letrado de Comisiones Obreras, primer sindicato español, se han logrado "unos resultados positivos. 37 juicios celebrados, 86 condenados". Teniendo en cuenta que los servicios jurídicos de Comisiones Obreras son los más reconocidos del país, llegar a celebrar, en varios (*sic*) años, 37 juicios penales no parece que se pueda calificar como positivo (GARCÍA MARTINS).

Las enfermedades profesionales son menos llamativas que los accidentes laborales, pero su incidencia negativa en la vida y salud de los trabajadores no es menor. En el ámbito de la Unión Europea, el 19% de los trabajadores

están expuestos a vapores tóxicos, y el 15% manejan sustancias peligrosas: el resultado son más de 74.000 muertes al año. A lo que se añaden las enfermedades profesionales psíquicas: un 73% de trabajadores sufre stress; un 26%, ambiente hostigador; un 15% son víctima de acoso moral y un 2% de acoso severo (AESST, 2008).

El derecho a la vida y a la salud en el trabajo no solo se ven depreciados; tampoco se distribuyen igualitariamente, lo que no puede resultar extraño en una sociedad desigual y en un momento de particular involución de las relaciones laborales, que se manifiesta especialmente en la precarización del trabajo (BILBAO).

La relación precariedad laboral-siniestralidad, en efecto, resulta obvia. Basta proyectar sobre los datos españoles de temporalidad –4.373.000 asalariados con contrato temporal sobre un total de 14.161.000, en 2005– los de siniestralidad: el 43% de los accidentes mortales, el 48% de los graves y el 53% de los accidentes con baja los sufren trabajadores con contrato temporal (SÁEZ).

Los ataques, incluso delictivos, a la vida y salud de los trabajadores, se concentran, así, en las zonas de mayor precariedad, representadas paradigmáticamente por el trabajador inmigrante irregular, enrolado –irregularmente, por supuesto– en la no menos irregular empresa subcontratista que, al margen de toda norma, actúa como mecanismo de elusión de responsabilidades e impone condiciones de trabajo, y por ende, de seguridad en el trabajo, que sólo puede asumir quien, por su completa indefensión asociada a la precariedad –no sólo en lo laboral–, carece de la más mínima capacidad de resistencia.

De ahí que las cifras sobre siniestralidad referidas a inmigrantes sean, aún, más clarificadoras: un polémico estudio publicado por la Universidad Pompeu Fabra, en 2003, llegaba a afirmar que el número de inmigrantes regularizados fallecidos en accidente laboral en España multiplicaba en 4.4 al de los españoles fallecidos en las mismas circunstancias; en el caso de las trabajadoras, el factor multiplicador sería de 5.8. Datos sobre Andalucía del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología (Universidad de Cádiz) son menos contundentes, pero también significativos: con un porcentaje de extranjeros regularizados de 7,32%, los accidentes leves llegan al 7,94%, los graves, al 7,76% y los mortales, al 8,66%. Lo que supone que el porcentaje de accidentes mortales supera al de trabajadores extranjeros en 1,34% (TERRADILLOS, 2010b).

Un elemento esencial de tutela de vida y salud de los trabajadores es la asistencia prestada en caso de accidente de trabajo o de enfermedad profesional.

En Perú, por ejemplo, la protección a víctimas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales llega al 3.6%, mientras en otros países andinos oscila entre el 30 y 40% (ILA).

4.2.3 Libertad-dignidad

La dignidad, que en todas las Constituciones, es considerada como inherente a la condición de persona, tampoco es respetada de manera generalizada cuando va ligada al trabajo, y las situaciones de esclavitud son buena prueba de ello.

En Brasil la esclavitud fue abolida jurídicamente en 1888, lo que, en Derecho, obliga a sustituir la fórmula "trabajo esclavo" por la de "condición análoga a la de esclavo" (BRITO FILHO). Sin embargo, en la realidad, aunque es difícil la cuantificación de trabajadores-esclavos, su número se cifraba, en 2008, en 25.000 personas, sin incluir la denominada "neo-esclavitud urbana" (PIOVESAN).

La "Lista Suja", que contabiliza semestralmente a los empleadores que, sobre todo en actividades agrícolas, mantienen a sus trabajadores en condiciones de esclavitud, refleja que la situación no es satisfactoria y que, desde luego, no se ponen en marcha todos los medios necesarios para acabar definitivamente con este flagrante ataque a la dignidad personal. Un ejemplo: en agosto de 2010 el Gobierno Federal liberó, en la hacienda Z., en Bom Jardim (MA), a 45 trabajadores reducidos a condición análoga a la esclavitud; pero lo llamativo es que en la misma empresa fueran liberados 52 trabajadores en 1966, 32 en 1997, 69 en 2001, 13 en una ocasión en 2003 y 65 en otra. Lo que constituye una prueba de la débil utilización que hacen los tribunales del art. 149 del *Código Penal* brasileño (RAMOS FILHO).

En estos días, según informa la prensa, se está investigando a la filial brasileña de la multinacional, de origen español, Zara, dedicada a la fabricación y venta de vestimenta, por la presunta reducción de sus trabajadores a condiciones propias de la esclavitud.

Brasil no es el único país en que se sigue practicando la esclavitud. Naciones Unidas estima que están sometidas a esa condición 27 millones de personas en el mundo, de ellas, 1.320.000 en Latinoamérica.

En Argentina, una sentencia de 2010 de la *Sala II de la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal* , castigó, en aplicación del art. 140 del *Código Penal*, a dos sujetos "que redujeron a servidumbre a siete ciudadanos bolivianos que trabajaban y vivían en su vivienda-taller textil (...) inexistencia en el taller, de condiciones mínimas de salubridad e higiene, un prolongadísimo horario

laboral que se extendía de lunes a viernes de 7.30 a 22.30 hs. y sábados de 7.30 a 14 hs., salarios muy bajos, pagados irregularmente, todo ello acompañado de malos tratos (...) habitaciones sin ventana, con una sola cama de dos plazas compartidas por familias con dos o tres hijos, un solo baño con deficiencias funcionales, y sin agua caliente para los siete adultos mencionados y cinco niños, terminan de configurar un estado compatible con la situación de servidumbre (...)".

También los tribunales penales españoles han emitido alguna sentencia condenatoria (*Tribunal Supremo, Sala de lo Penal*, sentencia de 24.02.2005) al constatar que se obliga al inmigrante a trabajar sin remuneración, a la vez que se le retiene su documentación personal, hasta que solvente la deuda (?) por facilitarle el trabajo (HAVA).

4.2.4 Libertad sindical y derecho de huelga

En el ámbito puramente laboral, la libertad sindical y el derecho de huelga no solo constituyen derechos fundamentales de los trabajadores; constitucionalmente reconocidos por doquier; se integran en el esquema institucional de nuestros sistemas político-económicos. Sin embargo, los ataques a tan relevantes derechos constituyen una constante que cercena las posibilidades de autotutela colectiva de los trabajadores y, con ello, suprime la viabilidad misma de otros derechos.

En Argentina, por ejemplo, en el primer semestre de 2010, se presentaron 220 denuncias tanto contra empresas privadas como contra el Estado, por ataques a la libertad sindical. De ellas, 86 por limitaciones a procesos organizativos (creación de sindicatos, elección de delegados, realización de asambleas etc.); 85, por actos de discriminación antisindical (despidos etc.); y 70, por otros recortes de actividad sindical, incluido el derecho de huelga (Observatorio del Derecho Social de la Central de Trabajadores de la Argentina).

En España, la *Ley de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, en su art. 11, reconocía al extranjero la libertad de sindicación y el derecho de huelga sólo cuando, respectivamente, obtuviere autorización de estancia o residencia o cuando estuviere autorizado para trabajar. Al negar estos derechos a los extranjeros irregulares, se estaba privando a los sujetos más débiles –que, de hecho, son trabajadores por cuenta ajena– de imprescindibles instrumentos de autotutela y se garantizaba la discriminación material: en todos los sectores de la producción se constata que las retribuciones de los inmigrantes –irregulares o no– son inferiores a las percibidas por los trabajadores comunitarios (CALAVITA).

La reforma de esta Ley, llevada a cabo por la *LO 2/2009, de 11 de diciembre, dio* "nueva regulación a los derechos de reunión, y manifestación, asociación, sindicación y huelga, que podrán ejercerse de acuerdo con la Constitución Española". El giro político que representa la reforma resulta reconfortante, aunque hay que tener presente que el reconocimiento de los derechos no responde a la iniciativa de mayorías parlamentarias, sino a lo impuesto por dos importantes sentencias del *Tribunal Constitucional*, las 236/07 y 259/07, que, al resolver sendos recursos de amparo, hubieron de declarar lo obvio: que los derechos fundamentales se reconocen a los extranjeros en igualdad de condiciones que a los españoles, por tratarse de derechos inherentes a toda persona, con independencia de cuál sea su situación administrativa.

4.2.5 Libertad de movimientos

La denominada globalización económica ha supuesto, en lo que aquí interesa, la implantación de un modelo caracterizado por la libre circulación de mercancías y por la restricción de la circulación de las personas, fundamentalmente de los trabajadores, en un contexto en el que el porcentaje más importante de los flujos migratorios responde a razones económicas (TERRADILLOS, 2009).

De este modo, el derecho al trabajo queda gravemente hipotecado por las políticas migratorias restrictivas de los países que, por su desarrollo económico, constituyen focos de atracción de trabajadores procedentes de países menos poderosos.

Quizá el más claro ejemplo de lo poco que vale el derecho a movilizarse para buscar un trabajo, incluso en un mundo globalizado en el que las fronteras deberían tender progresivamente a su desaparición, lo brinda, en la Unión Europea, la posibilidad de privación de libertad, con una duración de hasta seis meses, del inmigrante irregular, en tanto se desarrolla su proceso de expulsión al país de origen. Así lo establece la *Directiva 2008/115/CEE, de 16.12.2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal* (*DOU* 24.12.2008), también llamada "Directiva de retorno" y, más descriptivamente, "Directiva de la vergüenza". Nótese que se priva de libertad a quien no ha cometido delito alguno, durante un período que no depende de su conducta personal, sino de la lentitud de los trámites administrativos de repatriación. La habilitación comunitaria se concreta, en el caso de Italia, en internamiento de hasta 180 días; en el caso español, el límite máximo es de sesenta días, según decide el art. 62.2 de la *Ley Orgánica*

de derechos y deberes de los extranjeros en España y de su integración social (TERRADILLOS, 2010c).

4.3 ¿Cómo?

El marco globalizador – en el que hoy se inscribe toda la política económica, pero también la política criminal en los ámbitos más próximos a la economía, como lo es el de la tutela penal de los derechos de los trabajadores –, viene definido por dos características básicas, la desigualdad entre personas y colectivos, y la desregulación.

Sin pretender analizar ahora la amplísima problemática que suscitan estos elementos a la hora de proyectar estrategias político-criminales (TERRADILLOS, 2009), hay que tener en cuenta que la desregulación es la consecuencia del omnipresente poder de la *lex mercatoria*, que disciplina la actividad económica hacia un único objetivo: la obtención del máximo lucro.

La proyección de este elemental dato sobre la política criminal despliega un doble efecto. De un lado, retroceso de los instrumentos de control jurídico-penales allí donde un mercado progresivamente desregulado no los necesita y, de otro, creciente punitivismo en lo necesario para garantizar la existencia misma del mercado y la vigencia de sus reglas.

Dicho de otro modo, inhibición penal a la hora de tutelar los derechos de los trabajadores, en la medida en que será la economía la que decida, sin ingerencias del sistema público, cuáles y cuántos son esos derechos, y en qué medida se pueden ejercitar o limitar. Y control penal contundente frente a lo disfuncional al mercado: la oposición política radical, por una parte, y, por otra, la perturbadora presencia de flujos migratorios hacia lugares donde el mercado no los demanda.

Insurgentes e inmigrantes irregulares serán los receptores de la respuesta más contundente del sistema público penal, mientras que la respuesta amable, la de la inhibición, dejará ayunos de protección penal los derechos de los trabajadores (TERRADILLOS, 2010c).

Sin embargo estos requerimientos de la globalización entran en contradicción flagrante con lo exigido por nuestros ordenamientos constitucionales, que impulsan estrategias de máxima protección de los derechos fundamentales. Sin predeterminar, en general, si esa máxima protección ha de revestir la forma del Derecho penal, pero sin rechazar tampoco esa opción.

La decisión del legislador, por tanto, no versa sobre "si" se han de garantizar los derechos colectivos de los trabajadores, sino sobre el "cómo" hacerlo.

Optar por la intervención penal exige haber respondido positivamente a la pregunta sobre merecimiento, necesidad y oportunidad de esa intervención, situando, además, la respuesta en su contexto, que es el de la flexibilización y desregulación impuestas por el proceso globalizador (ABRAMOVICH-CURTIS).

Afirmar que, en este ámbito, la respuesta penal es merecida, se deduce inicialmente del principio de lesividad. Tal como ya se ha analizado, se trata de tutelar bienes jurídicos relevantes (vida, igualdad, libertad sindical etc.), que lo son aún más por su naturaleza colectiva. A lo que se une el argumento, no menor, de que las conductas a prevenir comportan una específica dañosidad económica, común a toda la delincuencia de cuello blanco, tal como estudiara Sutherland, en virtud de los efectos espiral, resaca y corrupción (TERRADILLOS, 2010d).

Si se pone en relación la entidad de los bienes jurídicos afectados en el mundo del trabajo con los propios de la delincuencia tradicional, se deduce inmediatamente que no hay ninguna razón comparativa para seguir manteniendo al sistema penal como ghetto clasista reservado a la criminalidad contra bienes jurídicos individuales cuya titularidad corresponde al ciudadano "puro", despojado de los elementos que dan contenido a su vida de relación: trabajador, hombre/mujer, consumidor etc.

Sin embargo esta perspectiva es la que se olvida en ocasiones. El art. 1.º, IV, de la Constituição da República Federativa do Brasil consagra el carácter fundamental de los "valores sociais do trabalho e da livre iniciativa". Sin embargo, trás la solemne proclamación, su art. 173, § 4.º, dispone: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência (...)". No hay un precepto en la Constitución que obligue a reprimir los ataques a los valores sociales del trabajo, aunque sí lo hay para la protección específica de la libre iniciativa económica.

La intervención penal ha de ser, además de merecida, necesaria, lo que solo puede afirmarse a partir de los principios de intervención mínima y de *ultima ratio*. En su virtud, el sistema penal únicamente puede actuar con legitimidad allí donde hayan fracasado, en la tutela de los bienes jurídicos del colectivo de trabajadores, otras ramas del ordenamiento menos aflictivas.

El principio de necesidad no representa solo un límite al ejercicio del *ius puniendi*. Comporta también importantes obligaciones para el Estado, que queda comprometido a no recurrir a la pena allí donde puede eficazmente utilizar instrumentos pre-penales, pero que queda igualmente obligado a implementar políticas sociales preventivas de amplio espectro que sustituyan o, en su caso, acompañen, a la política criminal *stricto sensu*. La política criminal de tutela

de derechos de los trabajadores ha de ser, por tanto, una política global que traduzca el compromiso real de los poderes públicos en esos ámbitos.

La oportunidad de pena solo concurre cuando el recurso a la sanción penal aparezca como instrumento idóneo para lograr objetivos preventivos. Tiene así contenido tanto técnico como político, y se traduce en un reto para el legislador: implementar un sistema de penas que, una vez constatado su merecimiento y su necesidad, responda eficazmente a las necesidades de prevención.

4.3.1 Principio de prevención

Se puede, pues, avanzar en la línea de admitir la legitimidad –democrática- de un Derecho penal que, como *ultima ratio*, pretenda la tutela preventiva de los derechos de los trabajadores frente a los ataques más graves que puedan amenazarles. Porque de prevención se trata.

Urge, pues, dejar de lado la trasnochada visión de la intervención penal como recurso exclusivamente punitivo, cuando no directamente vindicativo. Se trata de percepciones descalificantes *in totum* con escaso fundamento. El Derecho penal no es imposible e inadmisible retribución justiciera, ni tampoco inútil catálogo de preceptos sin función: la función del Derecho penal, y así lo impone la racionalidad de nuestros días, no puede ser sino la prevención (CERVINI y ADRIASOLA).

La conminación real de pena tiene, inicialmente, una función didáctica: muestra a la colectividad que dignidad, igualdad, vida o salud de los trabajadores no son valores triviales, sino que se integran en el catálogo de bienes jurídicos de primer orden, de irrenunciable protección pública.

Por otra parte, despliega un efecto preventivo de difícil cuantificación, pero en todo caso cierto. La eventual pena a sufrir, que se une a los estigmas del proceso, es un factor más, aunque no sea el único, que tiene en cuenta el sujeto a la hora de decidirse por la observancia de la normativa laboral. Y más en estos casos, que, normalmente, responden a la tipología criminológica de la delincuencia de cuello blanco.

La ejecución de la pena impuesta puede, además, generar efectos preventivo-generales, ya que prueba que la amenaza de la ley penal es suficientemente seria y debe ser tenida en cuenta en el futuro. Además de los obvios efectos de prevención especial que pueden desplegar ciertas penas inocuizadoras, como las inhabilitaciones para profesión u oficio (TERRADILLOS, 2010a).

La justificación de la existencia misma de un "Derecho Penal del Trabajo" le impone una orientación preventiva, que ha de diseñarse a la vista de las peculiaridades propias del orbe laboral.

4.3.2 Protección fragmentaria

No es suficiente, para justificar la criminalización de una conducta, que ésta afecte negativamente a bienes jurídicos esenciales. El Derecho penal no puede pretender la tutela de todos ellos frente a todas las posibles amenazas, sino sólo frente a los ataques más relevantes. De ahí que no toda forma de afectación a los bienes jurídicos a los que se ha aludido sea susceptible de criminalización. Junto al desvalor de resultado ha de concurrir el desvalor de hecho.

El art. 311 del *Código Penal* español, por ejemplo, requiere que la imposición delictiva de condiciones ilegales se realice mediante engaño, abuso de situación de necesidad, violencia o intimidación. En términos semejantes se pronuncia el art. 315 al castigar los ataques a la libertad sindical o al derecho de huelga. El art. 314, que tipifica la discriminación laboral, exige que los responsables del acto gravemente discriminatorio inicial mantengan la situación de desigualdad tras requerimiento o sanción administrativa: sólo habrá delito si a la discriminación se añade la contumacia. Los art. 316 y 317 no castigan cualquier forma de creación de riesgo para la vida o salud de los trabajadores, sino la originada por no facilitar medios de prevención, omisión que, además, ha de constituir infracción de la normativa laboral (BAYLOS y TERRADILLOS).

Se trata, en definitiva, de técnicas tipificadoras que restringen el ámbito de lo punible y refuerzan la legitimidad de la intervención penal, que queda limitada a hacer frente a los ataques más graves a bienes jurídicos relevantes.

4.3.3 Ultima ratio

Una vez aceptada la relevancia de los bienes jurídicos presentes en las relaciones laborales y la lesividad de los ataques que sufren, queda todavía otra cuestión relacionada con el "cómo" de la intervención penal.

Se ha mantenido, en efecto, que fenómenos como la explotación o la siniestralidad laboral tienen raíces estructurales, por lo que pretender afrontarlos mediante delitos y penas sería tanto como incurrir en una clamorosa, e inadmisible, "huida al Derecho penal", sin más valor que el puramente simbólico, ni más efectos que los puramente enmascaradores (TERRADILLOS, 1991).

Para superar esta objeción crítica es imprescindible, antes de recurrir a la intervención penal, agotar todas las posibilidades preventivas.

4.3.3.1 Cultura de prevención

Si tomamos como ejemplo los delitos contra la vida y la salud de los trabajadores –que, por otra parte, constituyen el núcleo duro del "Derecho

Penal del Trabajo"–, la primera conclusión a extraer debería ser la inclusión de la prevención entre los objetivos básicos de la estrategia de los agentes implicados. Así, el primer paso a dar será la consolidación y el reforzamiento de una cultura de prevención, como marco compartido por empresarios, trabajadores y Administración pública.

Sin embargo, la aceptación social de valores no garantiza que cada comportamiento individual o colectivo traduzca en la práctica su prevalencia. Es necesario incorporar esos objetivos generales a las estrategias sectoriales.

4.3.3.2 Políticas "de instrumentos económicos"

En primer lugar la prevención en materia de seguridad laboral ha de incardinarse, como un elemento más, en la estrategia empresarial. Como corresponde a la aceptación, estadísticamente ratificada, de presencia objetiva de riesgo en los lugares de trabajo.

Es, además, necesario superar la falacia que comporta identificar estrategias de lucha contra la siniestralidad con incremento de costes empresariales. El respeto a las normas de seguridad no es la opción menos competitiva. Por el contrario, la falta de seguridad en el trabajo se traduce, en lo económico, en reducción de la capacidad productiva –500 millones de jornadas perdidas en 1999 en la Unión Europea– y gastos de indemnización y de prestaciones de todo orden, cuya financiación pesa, en buena medida, sobre las empresas. A lo que hay que sumar, en el mismo ámbito, las más de 350.000 personas obligadas a cambiar de empleo o de lugar de trabajo, o a disminuir la duración de su jornada laboral, y las casi 300.000 que sufren diversos grados de incapacidad permanente, entre las que destacan los más de 15.000 definitivamente excluidos del mundo del trabajo (TERRADILLOS, 2010a).

Allí donde confluyen beneficio y capacidad organizativa, surge la obligación de hacer frente a los costes, y los costes no se pueden transferir a otros. En consecuencia lo auténticamente rentable es minimizarlos mediante la prevención, que no puede resultar ajena a los planes empresariales.

Más allá del ámbito empresarial, corresponde a los poderes públicos asumir estrategias premiales, a través, por ejemplo, de subvenciones o de incentivos fiscales, que consiguan hacer atractivas a los empresarios las inversiones en seguridad. Frente a los modelos "reglamentaristas", basados en imperativos y prohibiciones, el modelo "de instrumentos económicos" podría garantizar un menor costo global y una más dinámica presión en favor de las prácticas preventivas.

El principio de *ultima ratio* exige situar estas líneas de actuación en el origen de la lucha contra la siniestralidad laboral. Pero no pueden ser

hipervaloradas, porque invertir (a veces, dinero público) en prevención no significa que el empresario haya asumido todas sus responsabilidades en la materia. Por otra parte, todas las políticas de incentivos económicos pueden fracasar allí donde, al menos a corto plazo, son muy superiores los beneficios que reporta la conducta infraccional: la competencia –salvaje en un mercado desregulado– casa mal con la conveniencia de inversiones en seguridad, y refuerza la tentación de minimizar los costes propios a corto plazo, aunque sea al precio de afectar de manera irreversible a bienes jurídicos fundamentales o al de multiplicar los costes sociales.

De aquí que resulte indispensable –si seguimos en el ámbito de la protección de vida y salud de los trabajadores– asegurar, cuando lo preventivo fracasa, la indemnización de los perjuicios producidos. El resarcimiento cierra el círculo de la prevención (privada), por cuanto no sólo tiene la función objetiva de cauterizar –frente a los damnificados– las consecuencias negativas del siniestro, sino también porque puede desplegar la función preventiva inherente a toda conminación de asumir los altos costes que se generan cuando el "accidente" se ha producido (TERRADILLOS, 2010a).

La competencia de la *Justiça Trabalhista*, después de la *EC 45/2004*, para condenar a las empresas al pago de indemnizaciones por actos ilícitos empuja en la misma dirección de desincentivar económicamente formas de criminalidad que, como siempre ocurre en los *white collar crimes*, responden al ánimo desmedido de lucro.

Hay que reconocer, con todo, que la eficacia preventiva así lograda puede ser muy escasa, por cuanto la mera amenaza de aumento de costes finales en caso de siniestro es tan sólo amenaza de un mal posible, no cierto. Además de que, de producirse el mal prevenido, su coste puede haber quedado ampliamente compensado por el ahorro anterior en medidas de prevención.

4.3.3.3 Políticas "reglamentaristas"

Resulta, pues, imprescindible una intervención pública, dirigida a objetivos preventivos, que utilice los instrumentos de control y sanción con los que cuenta, o con los que debe contar, la Administración.

La existencia de plantillas de personal capacitado, que, en el seno de las distintas Administraciones, pueda desarrollar con independencia tareas de inspección y control es una *conditio sine qua non* de eficacia. Como lo es la correcta comunicación entre los inspectores y el Ministerio Público, a fin de que éste pueda tener acceso inmediato a la información completa sobre conductas infraccionales y pueda promover, en su caso, las correspondientes acciones penales.

También se advera imprescindible, en este punto, la colaboración activa de las organizaciones sindicales. El trabajador aislado, víctima de graves ataques a sus derechos fundamentales, está frente a la patronal, frecuentemente multinacional, en condiciones de vulnerabilidad tal que apenas cuenta con posibilidades de denuncia. En cambio, las organizaciones sindicales representativas disponen de medios humanos y técnicos que pueden neutralizar esa vulnerabilidad individual. De ahí la importancia de plataformas de colaboración sindicatos –inspección de trabajo– Ministerio Público. Y en el caso de Brasil, la importancia de facilitar las relaciones entre la Justiça Trabalhista y la Justiça Criminal, siempre más alejada de la fenomenología concreta de los ataques graves a derechos de los trabajadores.

A partir de un marco institucional y organizativo adecuado, las Administraciones públicas pueden afrontar la tarea de minimizar la incidencia de factores concretos que están en la base de los delitos contra los derechos de los trabajadores.

Es obvio que la precariedad laboral, por ejemplo, constituye un factor favorecedor de los delitos de explotación laboral. Las facilidades para recurrir al *outsourcing* con fines precarizadores o degradatorios de las condiciones de trabajo son tan tentadoras que las empresas que no las utilizan están en franca desventaja respecto a sus competidores que sí lo hacen. De este modo, pocos frutos pueden lograr las políticas de tolerancia con un *statu quo* favorecedor de la externalización y, con ella, de la inestabilidad (SANGUINETI). Si en el marco del trabajo precario no puede garantizarse la tutela pública de los derechos de los trabajadores, compete a las Administraciones minimizar las situaciones de precariedad. En España, la *Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*, abrió perspectivas positivas, pero su puesta en práctica no ha sido todo lo exitosa que podría esperarse.

La economía informal es otro de los ámbitos de degradación de los derechos de los trabajadores, en los que es indispensable una enérgica intervención de la Administración. Hay que tener en cuenta, por ejemplo, que, en Brasil, la *EC 45/2004*, que amplió las competencias de la *Justiça do Trabalho*, se basaba, entre otro datos, en el de que más de 40 millones de brasileños trabajaban "sem qualquer vínculo formal de emprego, vinculados à denominada 'economia informal'".

Dentro de la economía informal ocupan lugar relevante los trabajadores inmigrantes irregulares. La indefensión provocada por un sistema como el español, que, de hecho, sólo conoce frente al extranjero menesteroso la medida de expulsión (TERRADILLOS, 2010b), es el mejor caldo de cultivo de una mano de obra "sin derechos". Y cuando el trabajador no está en

condiciones de reivindicar sus derechos, de nada sirve acudir a instrumentos de heterotutela como los propios del Derecho penal. Como ya se advertía hace más de trescientos años, a propósito de la siniestralidad, poco puede hacer la prevención cuando la aceptación de condiciones ilegales por parte del trabajador viene determinada por la "exigencia de comer o de dar de comer a la propia familia" (RAMAZZINI).

La intervención administrativa, incluso sancionadora, orientada a la prevención, es, así imprescindible. Pero no es el sustitutivo universal y excluyente de la intervención penal.

Es cierto que se viene reiterando, en el debate sobre las estrategias más idóneas para la tutela de los derechos de los trabajadores, que la sanción administrativa, directa y contundente, puede alcanzar cotas de eficacia inaccesibles a la justicia penal, obsoleta, lenta, garantista, formalizada etc.

La reiteración en este tipo de argumentos no los hace más sólidos. Es cierto que la Administración goza de posibilidades de actuación sancionadora no desdeñables. Baste recordar que, en España, la multa por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales puede llegar a 601.012 €. Las cifras sobre actuaciones sancionadoras de la inspección de trabajo son también expresivas: en 2005, se apreciaron 37.949 infracciones, sancionadas con multas por un montante total de 117.389.855 €. Pero, más allá de lo apabullante de las cifras absolutas, resulta clarificadora una simple comparación: poco más de cien millones de euros en sanciones, cuando los costes de la no prevención ascienden a doce mil millones. Cualquier insistencia en la eficacia de lo administrativo sancionador, puede, por tanto, ser cuestionada.

Si la lesividad de los delitos contra derechos de los trabajadores permite afirmar que no estamos ante injustos meramente formales; si los instrumentos puramente económicos (iusprivatistas) de prevención e indemnización son de eficiencia limitada; si las facultades sancionadoras de la Administración se han mostrado ineficaces en áreas en las que la infracción resulta económicamente rentable, procede reivindicar de los poderes públicos una actuación dirigida a lograr que el Derecho penal, sin perder su rol de *ultima ratio,* asuma las funciones preventivas que en el Estado de Derecho no puede delegar (TERRADILLOS, 2010a).

4.3.4 Los derechos de los trabajadores como bienes jurídicos colectivos

El planteamiento de nuevas necesidades de intervención en el ámbito del "Derecho Penal del Trabajo" está directamente vinculado a la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos a tutelar.

La política criminal tradicional ha venido desconociendo esa naturaleza colectiva y ha optado por proteger bienes jurídicos genéricos, de los que, en ocasiones, puede ser titular el trabajador por cuenta ajena, pero sin que ese dato haya provocado una respuesta penal específica.

4.3.4.1 Vida y salud

El *Código Penal* argentino, por ejemplo, castiga con pena agravada, como delitos contra la vida y la salud, la causación de muerte (art. 84) o de lesiones (art. 94) "por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo". El *Código Penal* brasileño sigue una vía similar: incrementa la pena del homicidio (art. 121) o de las lesiones corporales (art. 129) cuando se provoquen de forma culposa con "inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício". El art. 132 castiga, por su parte, exponer la vida o la salud de otro a un "perigo direto e iminente", situación que no será excepcional en el ámbito laboral.

Se trata de preceptos que dejan de lado la especificidad del bien jurídico: protegen genéricamente la vida y la salud de que son titulares individuos concretos, sin tener en cuenta que ambas pueden ser tuteladas como bien jurídico colectivo cuyo titular son los trabajadores.

Ese objetivo es el que asume el *Código Penal* español. Además del homicidio (art. 142) o de las lesiones imprudentes (art. 152), se castiga la puesta en peligro grave de vida y salud de "los trabajadores", con independencia de su número o del grado de riesgo que éstos decidan asumir (art. 316). Lo importante es que la infracción de la normativa de prevención, manifestada en la omisión de medios, crea un riesgo relevante para la vida o salud de todos ellos.

Esta técnica, de criminalización del peligro es, por otra parte, muy similar a la seguida en el art. 223-1 del *Code Pénal* francés o en el parágrafo 319 del *Strafgesetzbuch* alemán (CASTRONUOVO).

4.3.4.2 Libertad-dignidad

El *Código Penal* brasileño, art. 149, castiga el hecho de "reduzir alguém a condição análoga à de escravo (...)", y considera agravantes específicas que el delito se cometa contra niño o adolescente, o que responda a razones de raza, color, etnia, religión u origen.

La actual fórmula de "tipo penal cerrado" que, para delimitar las conductas criminalizadas, emplea el art. 149 tras la reforma operada por la *Lei 10.823/2003, de 12.12.2003,* quizá permita una mejor aplicación judicial del precepto,

al contar los tribunales con un catálogo concreto de conductas típicas no existente en la anterior redacción, que, con su fórmula abierta, quedaba más condicionada a la interpretación del juez –y a su ideología– (FELICIANO, 2004).

En términos muy semejantes, el art. 140 del *Código Penal* argentino castiga al que "redujere a una persona a servidumbre o a otra condición análoga y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella".

Evidentemente se trata de un delito que despliega su lesividad en el mundo del trabajo, pero esa dimensión es relativizada por unos Códigos que ubican este delito entre los que atacan la "libertad personal" (Brasil) o la "libertad individual" (Argentina). Reducir a alguien a la condición de esclavo es algo más que atentar a su libertad o a su dignidad: es violentar las reglas del juego democrático en cuya virtud el trabajo debe desempeñarse con respeto a unos derechos mínimos del trabajador, mínimos e irrenunciables, porque no integran su patrimonio individual, sino que son el precipitado de una evolución colectiva que así lo ha querido. En consecuencia, ver en estos delitos un mero ataque a la libertad personal es reconocer que todo individuo, en cuanto tal, es portador de unos valores de libertad y dignidad inherentes a su condición de persona; pero es desconocer que en su condición de trabajador es titular de derechos y valores que, por su origen y naturaleza colectiva, no son susceptibles de disposición personal.

El art. 203 del *Código Penal* brasileño, reformado por la *Lei 9.777/1998, de 29.12.1998* en aras de una mayor eficacia (RAMOS FILHO), castiga al que burlare, fraudulenta o violentamente, derechos asegurados por la legislación laboral, como delito contra la organización del trabajo, lo que permite al aplicador del Derecho abarcar los aspectos colectivos. El ámbito de protección de la norma es, no obstante, menor que en el sistema europeo representado por los "eurodelitos" (art. 23), ya que en el modelo brasileño solo queda tipificada la vulneración de derechos de origen legal, mientras que en la propuesta europea se incluyen los derechos reconocidos en convenio colectivo. El *Código Penal* español va más allá, al tipificar la violación de derechos reconocidos en pactos individuales (art. 311), lo que, ciertamente, puede provocar alguna colisión con los principios de legalidad y de igualdad (ACALE Y TERRADILLOS). Por otra parte, el Código brasileño limita la tipicidad a los medios engañosos o violentos, mientras que el español la extiende al abuso de situación de necesidad, y el "eurodelito", además, a los casos de especial vulnerabilidad de la víctima. Cuando la explotación llegue a cotas de suponer, además de un ataque a los derechos de los trabajadores como tales, un ataque su dignidad, el "eurodelito" del art. 23, en consonancia con el art. 225-14 del *Code Pénal* francés, prevé una agravación específica (NIETO MARTÍN).

4.3.4.3 Libertad sindical y derecho de huelga

Los derechos de libertad sindical son inequívocamente laborales y, por tanto, su tutela o se realiza a través de cláusulas genéricas de criminalización de ataques a los derechos fundamentales, o ha de ser asumida a través de tipos específicos.

Así lo hace el *Código Penal* brasileño, que dedica a los "crimes contra a organização do trabalho" los arts. 197 a 207. La rúbrica legal no sugiere la protección de derechos de los trabajadores sino la consolidación de una determinada forma de organización de la actividad económica, en cuyo seno los derechos de los trabajadores concurren, se superponen y, en ocasiones, se confunden con derechos de los empresarios o con instrumentos y principios del modelo económico. No hay que olvidar que el Código mantiene la estructura acuñada en 1940, en pleno *Estado Novo* varguista (FELICIANO, 2008).

Los arts. 204 y 205, por ejemplo, protegen formas de intervención pública en la economía: son paradigmáticos delitos contra la organización del trabajo. Afectan al mismo bien jurídico las contravenciones recogidas en los arts. 47 a 49 de la *Lei das Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688/1941)*: ejercicio ilegal de profesión o actividad, ejercicio ilegal de comercio de antigüedades y obras de arte e infracción de normas relativas a matrícula de actividad industrial o profesional.

Los arts. 197 y 198, a su vez, castigan delitos que pueden afectar a derechos de los trabajadores, pero igualmente a derechos de profesionales libres y empresarios. De hecho, conductas como la coacción para ejercer o no ejercer una industria o el boicot de suministros a los competidores, nada tienen que ver con el mundo de las relaciones laborales.

El art. 199 tipifica las coacciones o amenazas dirigidas a coartar el derecho de asociación sindical, pero también el derecho de asociación profesional, lo que pone de manifiesto el desconocimiento de un ámbito obrero específico.

La participación en una huelga, acompañada de violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, está castigada en el art. 200, que, sin embargo, olvida que el derecho de huelga tiene una faceta positiva (participación en la huelga) y otra negativa (no participación). Castigar solo a quien toma parte en la huelga, concurriendo los demás elementos típicos, supone negar, en el plano penal, lo que tiene reconocimiento constitucional. Hay que observar que las violencias o intimidaciones ejercidas por quien no desea unirse al esfuerzo colectivo que la huelga significa, se castigarán en aplicación de los tipos genéricos; las ejercidas en el seno de la paralización del trabajo comportan, además, la pena del art. 200.

El art. 201, que criminaliza la paralización de trabajos de interés colectivo, tiene dudosa aplicabilidad, ya que la *Lei 7.783/1989* regula el ejercicio del derecho de huelga en actividades esenciales (FELICIANO, 2008). Esta norma pretende la modalización de la huelga, cuando afecte a servicios esenciales, pero no pone en cuestión el derecho a su ejercicio, mientras que la obsoleta y autoritaria norma penal tiene como objetivo los intereses de la producción, en el más amplio sentido de la palabra, ante los cuales cede un instrumento insustituible de autotutela de derechos de los trabajadores.

El art. 202 incurre en el mismo déficit de constitucionalidad, al castigar la invasión de establecimiento o el sabotaje de su funcionamiento, con el fin de interrumpir el curso normal del trabajo. Los daños o las coacciones eventualmente causados, ya están castigados en otros preceptos del Código. Lo que criminaliza el art. 202 es la incorporación de una finalidad que colisiona con los intereses de la producción, pero que puede ser constitucionalmente tan lícita como su promoción.

En el *Código Penal* español, el art. 315 opta por una fórmula más clara, inequívocamente dirigida a la tutela de los derechos de libre sindicación y huelga: "1. Serán castigados (...) los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga".

4.3.4.4 Igualdad

La empresa constituye un mundo organizativo, jerarquizado, presidido por la idea de desigualdad. Por tanto, la intervención jurídico-penal en tutela del bien jurídico "igualdad" ha de ser precisa y acorde con las peculiaridades que definen el marco laboral. Por otra parte, junto a la estructura empresarial, el trabajo a domicilio y el trabajo doméstico han venido constituyendo un marco de tradicional discriminación de la mujer, discriminación a la que, en Brasil, pretende poner coto, también y expresamente en el ámbito laboral, la *Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*.

En razón de la desigualdad estructural y omnipresente en el mundo del trabajo, no es suficiente, para proteger el bien jurídico "igualdad", la persecución penal de los supuestos más graves de trato desigual, sino que es necesaria la tipificación expresa y autónoma de la discriminación laboral.

El *Tribunal Constitucional* español, en sentencias 128/1987, 214/1991, 176/1995 etc., ha venido distinguiendo entre trato desigual –del que es víctima el trabajador en razón de sus peculiaridades personales– y discriminación, que afecta a una o varias personas en razón de su pertenencia a un colectivo. Éste

es el ataque al principio de igualdad criminalizado en el art. 314 del *Código Penal* español o en el art. 24 del catálogo de "eurodelitos", que aceptan así la dimensión social o colectiva del bien jurídico.

4.3.5 ¿Qué Derecho Penal del Trabajo?

En el contexto del Estado de Derecho, cada propuesta criminalizadora carga con la obligación de probar su necesidad e idoneidad. Y no resulta sorprendente que suscite recelo la reivindicación de un "Derecho Penal del Trabajo", que, *prima facie*, puede parecer opción político-criminal expansiva y, por lo mismo, no legitimada.

Sin embargo, el "Derecho Penal del Trabajo" (BAYLOS y TERRADILLOS), no propone ni una expansión del *ius puniendi*, ni una reformulación de los principios de imputación penal, ni una nueva disciplina académica, con contenidos y metodología propios. Mucho menos la transformación de la ley penal en herramienta emancipadora o superadora de desigualdades sociales con causas estructurales. El Derecho penal, que solo puede actuar a través de la pena, sería instrumento demasiado limitado para afrontar tan ambiciosos objetivos (CERVINI y ADRIASOLA). Amén de que la historia recuerda que, cuando lo ha hecho, ha terminado por abandonar el universo jurídico, para entrar, directamente, en el del terror penal.

Mucho más modestamente, el "Derecho Penal del Trabajo" reivindica, *de lege ferenda*, una mayor atención del legislador a los bienes jurídicos más gravemente puestos en peligro en el marco de la relación laboral. Lo que implica la obligación de meditar y decidir sobre las técnicas, jurídico-penales o no, más idóneas para combatir los delitos contra las condiciones laborales básicas, contra la discriminación laboral, contra la vida y salud de los trabajadores, contra la libertad sexual o contra el ejercicio de los derechos sindicales. No se trata, pues, de pedir que el legislador articule ambiciosos proyectos de nuevas criminalizaciones, tomando el bien jurídico no como límite sino como palanca legitimadora de expansión penal. Por el contrario, se trata de que, con rigurosa observancia del principio de lesividad, considere, simplemente, que el marco laboral reúne características específicas, cuyo desconocimiento o preterición son prenda de ineficacia preventiva.

La reflexión sobre la pertinencia del "Derecho Penal del Trabajo" debe, pues, centrarse en analizar la relevancia de los bienes jurídicos afectados (principio de lesividad), la trascendencia de los ataques que sufren (carácter fragmentario), las limitaciones de los instrumentos pre-penales de protección (*ultima ratio*), y, finalmente, las características propias del ámbito laboral que

pueden aconsejar un tratamiento penal específico de los comportamientos nacidos en su seno (principio de prevención).

5. EL MARCO PROCESAL

Es específico de Brasil el debate sobre la posibilidad de atraer a la jurisdicción laboral el conocimiento de los procedimientos penales seguidos por delitos asociados a las relaciones de trabajo.

El primer hito en la evolución normativa de la cuestión, lo constituye la modificación del art. 114 de la Constitución, por obra de la *EC 45/2004*. El siguiente, lo puso, en 2007, el *Plenário do STF*, que negó la competencia de la *Justiça do Trabalho* para juzgar acciones criminales, aunque deriven de las relaciones de trabajo.

En el intermedio, se ha articulado un importante movimiento doctrinal en la *Justiça do Trabalho* –vinculado a Anamatra y a nombres de jueces como Marcelo José Ferlin D'Ambroso o Guilherme Guimarães Feliciano–, que reivindica su competencia para entender de los delitos originados en la relación de trabajo, y varias *Varas do Trabalho*, fundamentalmente en Santa Catarina, comenzaron a entender de causas penales.

Quizá el último paso, por ahora, en esta evolución, viene marcado por el informe, emitido en julio de 2011 por parte de la *Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados*, favorable a la *EC 327/2009*, que prevé una reforma de la Constitución para conferir competencia penal a la *Justiça do Trabalho* sobre los delitos contra la organización del trabajo y los derivados de la relaciones sindicales o del ejercicio del derecho de huelga, y que también incluiría en la competencia de la Justica laboral el delito de reducción análoga a la esclavitud y los cometidos contra la administración de la *Justiça do Trabalho*, así como otros delitos relacionados con el trabajo.

El argumento primero para fundamentar esta reivindicación resulta obvio: el ilícito penal-laboral comporta un ilícito simultáneamente laboral, civil y penal; si la *Justiça do Trabalho* es competente en los dos primeros ámbitos, lo coherente es que lo sea también en el tercero, tal como ocurre, por otra parte, en la justicia Estatal, en la Electoral, en la Militar y en la Electoral.

A este inicial alegato se pueden añadir otros, que se proyectan sobre ámbitos problemáticos: accesoriedad normativa y concurrencia definicional por un lado y concurrencia sancionadora (*non bis in idem*), por otro.

En relación a la accesoriedad normativa, hay que reconocer que los delitos que convencionalmente podemos entender integran el "Derecho Penal del

Trabajo" están construidos mediante técnicas de remisión: ciertos elementos típicos vienen definidos en la legislación laboral –leyes penales en blanco– y otros –elementos normativos– toman su contenido también del orden laboral. Lo que, en la práctica, viene a suponer que la delimitación del tipo objetivo es imposible sin un conocimiento preciso y actualizado de la normativa y la realidad laborales (COUTINHO). Que ese conocimiento preciso exija, o no, la extensión de la jurisdicción laboral al entendimiento de estos delitos, con el consiguiente recorte de las competencias de la jurisdicción penal, es decisión política que ha de tomar el legislador.

En cualquier caso, el principio de "unidad de convicción", aconseja que todos los efectos jurídicos de un solo hecho sean examinados por un único orden jurisdiccional. Lo que, al menos, permitirá evitar resoluciones contradictorias. Pero hay que observar que este principio tanto milita a favor de la jurisdicción laboral como de la penal: simplemente aboga por la concentración, sin decidir hacia donde debe desplazarse ésta.

Sistema penal y laboral no concurren solo a la hora de definir las infracciones: también lo hacen a la hora de sancionar, lo que, desde siempre, ha planteado situaciones de difícil compatibilidad con el principio *non bis in idem*. En España estas cuestiones han venido siendo resueltas por los Tribunales, fundamentalmente por el *Tribunal Constitucional*, afirmando la primacía de la jurisdicción penal, en términos que luego han sido positivizados por el legislador en numerosas disposiciones sectoriales, por ejemplo en el art. 3 de la *Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*. En síntesis, se entiende que no cabe doble sanción, salvo que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento; que, cuando se aprecien indicios de ilícito penal, se pasarán las actuaciones al órgano judicial penal, para que decida sobre la responsabilidad penal y la civil derivada del delito; y que solo en caso de no haberse estimado la existencia de ilícito penal, se examinarán las eventuales responsabilidades de otra naturaleza, pero tomando como base los hechos que los tribunales penales hayan considerado probados. A pesar de la claridad teórica del esquema, se siguen produciendo zonas de colisión cuando recae condena penal, con la consiguiente declaración de responsabilidad civil, puesto que en vía laboral y aun civil puede recaer resolución indemnizatoria de monto superior. La cuestión ha venido suscitando compleja y no siempre coherente jurisprudencia.

Un argumento esgrimido a favor de la justicia laboral, es que ésta, más ágil que la penal, estaría en condiciones de producir sentencias en plazos cortos de tiempo, lo que impediría la apreciación de prescripción, que constituye un obstáculo insalvable a la hora de emitir sentencias penales condenatorias e, incluso, de ejecutar las pocas que se dictan. El argumento es, quizá, menor,

puesto que no pone en cuestión la idoneidad, *in totum*, de la justicia penal para entender del "Derecho Penal del Trabajo"; se limita a denunciar deficiencias importantes en su funcionamiento práctico, no en el diseño competencial que arranca de la Constitución.

Si la *EC 45/2004* no supuso una paralización de la Justicia brasileña, y si ya existen experiencias de acumulación de competencias para exigir conjuntamente responsabilidades penales y de otra naturaleza, como las contempladas en la llamada *Lei Maria da Penha*, quizá lo más oportuno sea poner el acento del debate no en si el "Derecho Penal del Trabajo" terminará en la jurisdicción laboral, sino en cómo se administrará en el futuro inmediato la justicia penal.

Dado que no se puede huir de la realidad, lo importante es estar preparados para recepcionarla (MENEZES y BORGES). Y recepcionarla, en el marco constitucional en el que nos movemos, significa que lo relevante es contar con una administración de justicia penal eficiente –sin la que sería inalcanzable el objetivo de todo el sistema penal, que es la prevención–, que asegure el respeto a las garantías propias del "debido proceso" y las derivadas del derecho al juez natural y que actúe con escrupuloso respeto a los límites que, en el Estado democrático de Derecho, disciplinan el ejercicio del *ius puniendi*.

6. PROPUESTA DE SÍNTESIS

La intervención penal sistemática en tutela de los derechos de los trabajadores es imperativo constitucional y exigencia de los procesos crecientes de integración supranacional.

El necesario "Derecho Penal del Trabajo" tiene ante sí el reto de asumir la tutela eficaz de los más fundamentales de esos derechos, sin caer en la tentación punitivista que, inspirada en la ideología del denominado "Derecho Penal del enemigo", se extiende en tantos otros ámbitos (terrorismo, narcotráfico, indemnidad sexual de menores etc.).

Para evitarla, debe ajustarse a las siguientes pautas: frente a globalización económica, globalización de los derechos fundamentales; frente a desregulación cómplice, intervención penal imprescindible y justificada; frente a subestimación de bienes jurídicos colectivos, correcta valoración constitucional; frente a punitivismo contra la criminalidad marginal tradicional, prevención penal de ataques a derechos fundamentales de los trabajadores; frente a tentación de expansionismo punitivo, observación escrupulosa de garantías; frente a administración de Justicia penal anquilosada, nuevas opciones más cercanas al principio de intervención mínima, pero también intervención real y eficiente.

En síntesis: frente a pan-penalismo, intervención fragmentaria; frente a punitivismo, intervención necesaria; frente a despliegue simbólico, intervención preventiva; frente a "huida al Derecho penal", políticas sociales de amplio espectro. En definitiva, Derecho penal democrático; también "Derecho Penal del Trabajo" democrático.

7. BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. Los anillos de la serpiente: transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo. *Jueces para la democracia: información y debate*. n. 22. p. 54. Madrid: Asociación Jueces para la Democracia, 1994.

ACALE SÁNCHEZ, M.; TERRADILLOS BASOCO, J. M. Derecho penal del trabajo en España y la Unión Europea. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. n. 37. p. 13. Ministério Público da União – Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho São Paulo: Ed. LTr, 2009.

BAYLOS GRAU, A. Algunas notas sobre la evolución del Derecho del Trabajo español en los últimos 30 años. Derecho Laboral. *Revista de Doctrina, Jurisprudencia e Información Sociales*. n. 221. p. 11. Montevideo: FCU, jan.-mar. 2006.

_____; TERRADILLOS BASOCO, J. M. *Derecho penal del trabajo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.

BAZÁN, V. Desafíos del Mercosur. Dimensión constitucional del proceso integrativo. La protección de los derechos humanos en el espacio integrado. In: CIURO CALDANI, A. (dir.). Integración Unión Europea y Mercosur. *Revista ECSA-Argentina*. n. 2. p. 231. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.

BILBAO, A. *El accidente de trabajo: entre lo inevitable y lo irreformable*. Madrid: Siglo XXI de España, 1997.

BRITO FILHO, J. C. M. de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, G.; FAVA, M. N. (orgs.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: Ed. LTr, 2006.

CALAVITA, K. Un 'ejército de reserva de delincuentes': la criminalización y el castigo económico de los inmigrantes en España. *Revista Española de Investigación Criminológica*. n. 2. Disponible en: [www.criminologia.net/pdf/reic/ano2-2004/a22004nota3.pdf]. Acceso: 03.10.2004.

CASTRONUOVO, D. Salud y seguridad en el trabajo en el derecho penal europeo y comparado. In: TERRADILLOS BASOCO, J. M.; ACALE SÁNCHEZ, M. (dirs.). *Estudios jurídicos sobre siniestralidad laboral*. Sevilla: Servicio de Publicaciones de la Junta de Andalucía, 2006.

CERVINI, R.; ADRIASOLA, G. *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista*. Montevideo: B. de F., 2005.

CHAGAS PINTO, Bibiana Graeff. A edificação de um direito ambiental no âmbito do Mercosul: fluxo e refluxo de conceitos e de noções. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 57. p. 9. São Paulo: Ed. RT, 2010.

CÓRDOBA, Alejandro. Hay que derogar la Ley de Entidades Financieras creada por Martínez de Hoz. *CTA – Central de Trabajadores de la Argentina*. p. 12. Buenos Aires, 16.08.2010.

COUTINHO, G. F. Competência da Justiça do Trabalho para julgar os crimes contra a organização do trabalho. Disponible en: [www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/brasil/documentos/palestra_drgrijalbo_oit.pdf]. Acceso en: 03.10.2011.

DURÁN LÓPEZ, F. *Informe sobre riesgos laborales y su prevención*. Madrid: Presidencia del Gobierno, 2001.

FARIA, W. R. O Mercosul em desvio da rota. In: CIURO CALDANI, A. (dir.). *Integración Unión Europea y Mercosur. Revista ECSA-Argentina*. n. 2. p. 156. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.

FELICIANO, G. G. Redução à condição análoga à de escravo, na redação da Lei n. 10.823/2003. *Revista de Direito do Trabalho*. vol. 30. n. 114. p. 81-93. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2004.

FELICIANO, G. G. Refundando o direito penal do trabalho. Primeiras aproximações. *Ponencia presentada al Curso de posgrado sobre los cambios recientes en la legislación laboral*. Montevideo (Uruguay): Universidad de la República – Amatra, 08.08.2008.

GARCÍA MARTINS, A. *Ponencia presentada al V Encuentro Latinoamericano de Abogados Laboralistas y del Movimiento Sindical*. La Habana (Cuba), 14 a 16.03.2010.

GRACIANO SUXBERGER, A. H. *Ministério Público e política criminal. Uma segurança pública compromissada com os direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2011.

HASSEMER, W. Viejo y nuevo derecho penal. In: HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

HAVA GARCÍA, E. Delito social. Contrato de escravo. *Revista de Derecho Social*. Albacete: Ediciones Bomarzo, 1999 (6).

ILA – INSTITUTO LABORAL ANDINO. Disponible en: [www.ila.org.pe/bibliodigital/?p=864].

MENEZES, C. A. C. de; BORGES, L. D. Algumas questões relativas à nova competência material da Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (coords.). *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2005.

NIETO MARTÍN, A. Delitos contra los trabajadores. In: TIEDEMANN, K. (dir.). *Eurodelitos. El derecho penal económico de la Unión Europea*. Cuenca: UCLM, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação aos direitos humanos. In: VELLOSO, G.; FAVA, M. N. (orgs.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: Ed. LTr, 2006.

RAMAZZINI. E. *De morbis artificum diatriba*, Módena, 1700; *Enfermedades de los intelectuales, cazadores, impresores y de otros trabajadores con ocupaciones cercanas a las de los amigos comunes*. México: Porrúa, 2007.

RAMOS FILHO, W. Neo-escravismo no Brasil contemporâneo: crime e castigo. *Revista da Faculdade de Direito*. n. 48. p. 87-106. Curitiba: UFPR, 2008.

SÁEZ VALCÁRCEL, R. Morir en el trabajo. Política criminal frente a los accidentes laborales. In: _____. (coord.). *Siniestralidad laboral y derecho penal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.

SANGUINETI RAYMOND, W. Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?. *Revista de Derecho Social*. n. 33. p. 219. Albacete: Ediciones Bomarzo, 2006.

SCHURMANN PACHECO, R.; PEREIRA SCHURMANN, J. *La protección jurídico-penal de la competencia en el Mercosur*. In: BAIGÚN, D.; DA ROCHA, J. P. (coords.). *Delitos económicos en la esfera del Mercosur*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1999.

TERRADILLOS BASOCO, J. M. Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. *Pena y Estado*. n. 1. p. 17. Barcelona: PPU, 1991.

_____. La Constitución para Europa: un reto político-criminal. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. n. 9. p. 42-43. Madrid: Ed. Centro de Estudios Polílicos y Constitucionales, Madrid , 2005.

_____. Globalización, administrativización e expansión del derecho penal económico. In: _____. *Estudios sobre derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2009.

_____. El "derecho penal del trabajo" ¿Una opción pertinente?. In: _____. *Cuestiones actuales de derecho penal económico y de la empresa*. Lima: ARA Editores, 2010.

_____. Inmigración, "mafias" y sistema penal. La estructura y la pátina. In: _____. *Cuestiones actuales de derecho penal económico y de la empresa*. Lima: ARA Editores, 2010.

_____. Reflexiones y propuestas sobre inmigración. En torno al Proyecto de reforma del Código Penal de 2009. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. n. 1. Disponible en: [www.indret.com/pdf/695.pdf]. Acceso en: 03.10.2011.

_____. Financiarización económica y política criminal. In: SERRANO PIEDECASAS, J. R.; DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.). *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*. Madrid: Colex, 2010.

VENTURA, D. *Las asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea. Los desafíos de una asociación interregional*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2.

ANEXO I – CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Art. 311

"Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses: 1.º Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. 2.º Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en el apartado anterior, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro. 3.º Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaren a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas de superiores en grado".

Art. 312

"1. Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra. 2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual".

Art. 313

"1. El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior. 2. Con la misma pena será castigado el que, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país".

Art. 314

"Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan

la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses".

Art. 315

"1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga. 2. Si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaren a cabo con fuerza, violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado. 3. Las mismas penas del apartado segundo se impondrán a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coacciones a otras personas a iniciar o continuar la huelga".

Art. 316

"Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses".

Art. 317

"Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado".

ANEXO II – EURODELITOS – PARTE ESPECIAL

1. Delitos contra los trabajadores[3]

Art. 23. Explotación de trabajadores

"1. Será castigado con (...), el empleador que mediante violencia, amenaza, engaño o abusando de la vulnerabilidad o situación de necesidad de una

3. NIETO MARTÍN, A. Delitos contra los trabajadores. In: TIEDEMANN, K. (dir.). *Eurodelitos. El derecho penal económico de la Unión Europea.* Cuenca: UCLM, 2003.

persona, le imponga o mantenga condiciones perjudiciales de trabajo. Se consideran condiciones perjudiciales de trabajo aquellas que están en una desproporción manifiesta con las establecidas en la ley nacional o comunitaria o convenios colectivos.

2. Cuando las condiciones de trabajo o alojamiento que se proporcionen al trabajador resulten incompatibles con la dignidad humana la pena se elevará hasta (...)

3. La tentativa es punible."

Art. 24. Discriminación laboral

"1. Será castigado con (...) el empleador que sin una justificación objetiva despida a un trabajador, no lo emplee, no lo promocione o le imponga medidas disciplinarias.

2. A los efectos del apartado primero, se entiende por justificación no objetiva toda distinción injustificada entre personas por razón de su raza, color, origen étnico o pertenencia a una minoría nacional; por razón de su sexo, orientación sexual, características genéticas o discapacidad; por razón de su lengua, nacionalidad, religión, convicciones o ideas políticas o por razón de su pertenencia a un sindicato o participación en una huelga (vid. art. 21 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales)."

Art. 25. Delito contra la seguridad en el trabajo

"1. Será castigado con (...) quien organice o dirija una actividad empresarial con infracción de las normas nacionales o comunitarias de seguridad y cree con ello un peligro para la vida o de grave daño a la salud de sus trabajadores o de aquellos que le han sido cedidos.

2. Quien realice el peligro por imprudencia grave será castigado con (...)

3. En los supuestos de homicidio y lesiones imprudentes se agravará (...) la sanción que corresponda cuando el resultado sea consecuencia de la infracción de normas de seguridad en el trabajo."

Art. 26. Obstaculización a los representantes de los trabajadores y ataques a la libertad sindical

"1. Será castigado con (...) quien mediante violencia, amenaza, engaño, abuso de situación de necesidad, promesa o concesión de ventajas obstaculice o impida la libre elección de los representantes de los trabajadores o la actividad de sus representantes u órganos de representación.

2. Con la misma pena será castigado quien, mediante los medios descritos anteriormente, obstaculice o impida la fundación de una organización sindical, su actividad, la actividad para la misma o la afiliación."

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Aspectos penais da atividade jurisdicional do juiz do trabalho, de Guilherme Guimarães Feliciano – *RT* 805/445;
- Da competência penal na justiça do trabalho, de Guilherme Guimarães Feliciano – *RDT* 122/243;
- Dos crimes e das infrações no direito do trabalho, de Jorge Severiano Ribeiro – *RT* 774/731;
- Justiça do trabalho e competência penal: de *lege lata* e de *lege ferenda*, de Rodolfo Pamplona Filho – *RDT* 128/207;
- Sobre a competência da justiça do trabalho para causas de direito administrativo sancionador, de Guilherme Guimarães Feliciano – *RDT* 120/62.

56411

LIMITES E ALTERNATIVAS À ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL DO AMBIENTE

3

ÉRIKA MENDES DE CARVALHO

Pós-Doutora e Doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza (Espanha). Professora Adjunta de Direito Penal na UEM. Pesquisadora do CNPq.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Ambiental

RESUMO: Remissões excessivamente amplas à normativa administrativa transformam o Direito Penal em simples instrumento a serviço de interesses da administração pública. O delito deve apresentar uma matéria de regulação autônoma, embora se reconheça a inexistência de diferenças qualitativas entre ilícito penal e ilícito administrativo. Ao Direito Penal interessa apenas as condutas mais gravosas perpetradas contra o bem jurídico, o ambiente. Nessa perspectiva, defende-se a introdução de "elementos qualificadores", que atuam como limites entre a intervenção penal e administrativa. A inserção desses elementos na descrição típica pode contribuir para reafirmar a autonomia do Direito Penal do Ambiente em relação ao Direito Administrativo sancionador e legitimar a imposição de consequências jurídico-penais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal do Ambiente – Crimes ambientais – Acessoriedade administrativa – Norma penal em branco – Elementos qualificadores.

ABSTRACT: Excessively broad references to the administrative precepts transform Criminal Law in a simple instrument serving the interests of the public administration. The crime must have autonomous regulatory matter, despite the recognized inexistence of qualitative differences between the criminal and the administrative illegalities. Criminal law deals only with the most damaging behaviors against the legal entity, the environment. The introduction of 'qualifying elements' is then supported to set limits between criminal and administrative intervention. The inclusion of these elements on the typical description could contribute to reaffirm the autonomy of Environmental Criminal Law vs. the punitive Administrative Law and would justify the imposition of legal-criminal consequences.

KEYWORDS: Environmental Criminal Law – Environmental crimes – Accessorized administration – Vague criminal law – Qualifying elements.

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias – 2. Os tipos penais ambientais e a técnica do reenvio à normativa administrativa – 3. Aproximação crítica aos modelos de acessoriedade administrativa – 4. A acessoriedade ao Direito Administrativo e a problemática das leis penais em branco – 5. O caráter simbólico dos tipos penais absolutamente dependentes da normativa administrativa – 6. Ilícito penal ambiental e ilícito administrativo ambiental: proposta de delimitação – 7. Conclusão – 8. Bibliografia.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A proteção penal[1] do bem jurídico meio ambiente apresenta, como é notório, um marcante caráter acessório ou subsidiário, suscitando constantes dúvidas, especialmente no que concerne às condições de sua aplicação concreta. Em parte, tal problema se relaciona com o frequente reenvio à normativa administrativa – recurso técnico comumente adotado na construção dos tipos penais ambientais –, o que certamente contribui para que se avente a efetiva necessidade da intervenção penal nessa seara, ademais de motivar questionamentos doutrinários acerca de seus limites. Por um lado, argumenta-se que a excessiva dependência da regulação administrativa na elaboração dos tipos penais acentuaria o caráter simbólico da disciplina punitiva e, o que é mais grave, terminaria por deixar em mãos da Administração Ambiental a determinação do conteúdo de injusto específico das figuras delitivas. Caberia, pois, à normativa administrativa precisar o âmbito da proteção penal do ambiente, em clara infração ao princípio da legalidade dos delitos e das penas.[2] Por outra parte, uma eventual deficiência dos órgãos encarregados da fiscalização e do controle ambiental, por exemplo, traria como previsível efeito a impunidade de grande parte dos delitos ambientais.

Faz-se oportuno esclarecer, porém, que ainda que a eventual ineficácia da disciplina administrativa sancionadora afete – direta ou indiretamente – a re-

1. Esse estudo constitui parte da investigação pós-doutoral realizada junto à Universidad de Zaragoza (Espanha), no ano acadêmico 2009-2010, e conta com o apoio financeiro da Diputación General de Aragón (DGA) e do CNPq/CAPES/MCT/MEC (Edital 2/2010).

2. Entretanto, cumpre destacar que se a normativa administrativa procede do Poder Legislativo, a objeção em tela não procede, posto que, como bem se observa, "o legislador é um só, que a partir de sua legitimação democrática e no âmbito das competências outorgadas pela Constituição e cumprindo os postulados do Estado Social de Direito, aprova leis administrativas e penais" (GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis. Sobre la accesoriedad del Derecho Penal en la protección del ambiente. *Estudios Penales y Criminológicos*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 1991. t. XIV, p. 115).

gulação penal da matéria ambiental, isso não elimina a necessária e estreita vinculação existente entre ambas.[3] O caráter acessório do Direito Penal não impede o reconhecimento de sua autonomia valorativa na tutela do bem jurídico ambiente. Ao contrário, na seleção dos ilícitos penais deverá o legislador levar em consideração que a utilização ou a exploração sustentável do meio ambiente se encontra subordinada a uma série de normas administrativas que orientam, em um primeiro momento, a atividade da Administração e, em um segundo momento, têm como destinatários os próprios cidadãos. Por essa razão, ao traçar o âmbito do ilícito penal aquele deverá articular com coerência os limites da intervenção punitiva, de modo a observar a esfera do risco permitido pela complexa regulamentação de cunho administrativo.

Trata-se, portanto, de uma intervenção punitiva limitada pela normativa de natureza administrativa, em razão das especificidades do bem jurídico protegido. E tal não poderia ser diferente. Se o legislador penal pudesse sancionar livremente condutas autorizadas ou permitidas pela legislação de caráter administrativo, ter-se-ia uma inaceitável contradição interna na esfera do ordenamento jurídico. O princípio da unidade do ordenamento jurídico veda a existência de conflitos dessa índole.

Ademais, o princípio da intervenção mínima preceitua que apenas quando a disciplina extrapenal não se mostra suficiente para conferir uma proteção efetiva e integral a determinado bem jurídico se tem como legítima a intervenção jurídico-penal.[4] Em matéria ambiental, em face da importância do bem jurídico e da gravidade de certos ataques dirigidos ao mesmo, estima-se procedente a elaboração de normas penais destinadas a conferir um reforço à proteção administrativa. Todavia, exige-se que essa atuação observe – e, muitas vezes, faça explícita referência – a normativa administrativa que, com caráter prévio, disciplina a atuação individual e coletiva. Logo, na concreta configuração dos

3. Vide, entre outros: CEREZO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *RBCCrim* 2/27; TERRADILLOS BASOCO, Juan. El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa. *El delito ecológico*. Madrid: Trotta, 1992. p. 79 e ss.; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *Derecho penal del medio ambiente*. Madrid: Iustel, 2008, especialmente p. 90-94; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores; SERRANO MAÍLLO, Alfonso; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Tutela penal ambiental*. Madrid: Dykinson, 2009, p. 108 e ss.; PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 86 e ss.

4. Sobre a matéria, na doutrina nacional, vide: QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal. Legitimação* versus *deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 124-125.

tipos penais ambientais influi, diretamente, a complexa teia de dispositivos de caráter administrativo.

Pois bem, embora seja necessária e até mesmo indispensável a referência à normativa administrativa na elaboração dos ilícitos penais, faz-se imprescindível traçar com clareza os limites dessa acessoriedade, bem como aferir se a aplicação concreta das sanções penais e administrativas respeita o princípio do *non bis in idem*.[5]

A primeira parte desse artigo destina-se precisamente a investigar os *limites* da acessoriedade administrativa na construção dos tipos penais ambientais. Assim, não se trata aqui de rechaçar o caráter subsidiário do Direito Penal com relação ao Direito Administrativo sancionador em matéria ambiental, e tampouco de questionar a pertinência do emprego da técnica do reenvio normativo na elaboração das normas penais incriminadoras, mas sim de, primeiramente, analisar os modelos de instrumentalização técnico-legislativa da acessoriedade encontrados na legislação ambiental brasileira e de sugerir limites claros no que concerne ao uso de tal recurso. Em um segundo momento, assumindo como premissa que entre ilícito penal e ilícito administrativo existem tão somente diferenças quantitativas – e não qualitativas – buscar-se-á examinar as razões político-criminais que determinam a seleção dos ilícitos penais ambientais, bem como a pertinência da introdução de determinados elementos (qualificantes ou qualificadores) no âmbito dos tipos, que atuariam como limites entre os injustos penais e os injustos administrativos.

2. Os tipos penais ambientais e a técnica do reenvio à normativa administrativa

A proteção jurídico-penal de bens jurídicos transindividuais, como o meio ambiente, oferece algumas dificuldades e enseja o questionamento acerca da necessidade de adaptação dos instrumentos próprios da dogmática tradicional aos novos âmbitos de tutela. Nessa perspectiva, a questão do reenvio à normativa administrativa na elaboração dos tipos penais em matéria ambiental é um dos pontos clássicos de tensão entre o Direito Penal e o Direito Administrativo

5. Como bem registra Luiz Regis Prado, "o legislador instituiu, com a publicação do Dec. 6.514/2008 – e antes, com a edição do revogado Dec. 3.179/1999 –, uma verdadeira anomalia no sistema jurídico brasileiro em relação a alguns delitos ambientais e correspondentes infrações administrativas, ensejando dificuldades na aplicação das respectivas sanções, como, por exemplo, no momento de se determinar a prevalência de uma das ordens sancionadoras – penal ou administrativa" (op. cit., p. 90).

sancionador, erigindo-se em autêntico "calcanhar de Aquiles"[6] da proteção penal do meio ambiente.

Cabe frisar que não se pretende discutir, aqui, a conveniência ou a necessidade da expansão do Direito Penal no sentido de conferir proteção a bens jurídicos de caráter transindividual, como o ambiente,[7-8] mas sim analisar como essa intervenção pode conduzir a um processo de administrativização do Direito Penal do Ambiente. Quando o Direito Penal começa a incorporar tipos penais endereçados à proteção do ambiente como bem jurídico autônomo – o que, no Brasil, ocorre através de leis especiais, editadas a partir da década de 70 do século passado –, adentra em um âmbito tradicionalmente dominado pela disciplina administrativa. Em um primeiro momento, o papel do Direito Penal se limita a reforçar a tutela dos recursos naturais já promovida pelo Direito Administrativo. Assim, nos primeiros diplomas ambientais mistos (com conteúdo administrativo e penal), como o anterior Código Florestal e a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, observa-se um claro caráter subsidiário e acessório da intervenção penal, em consonância com o princípio da intervenção mínima. Após a Constituição Federal de 1988, tem-se que o legislador penal – talvez na ânsia de dar cumprimento ao mandado expresso de criminalização constante do art. 225, § 3.°, da CF – optou por proceder a uma criminalização desenfreada, em flagrante oposição aos mais elementares princípios que devem nortear a regulação punitiva. Curiosamente, a situação se inverteu. Coube ao ordenamento jurídico-penal a *prima ratio* na proteção ambiental, de tal maneira que apenas 10 anos depois da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais) as infrações administrativas contra o meio ambiente passaram por uma revisão e foram, então, sistematizadas em um novel diploma (Dec. 6.514/2008).

---

6. Expressão cunhada por: ESER, Albin. Derecho ecológico. Trad. José Luis de la Cuesta Arzamendi e Antonio Sanz Morán. *Revista de Derecho Público* 11/643.

7. Assume-se, como premissa nodal, que "a função mais importante da política criminal moderna, segundo as necessidades de nosso tempo, consiste em conferir à proteção do *meio ambiente* o lugar que merece na ordem dos bens jurídicos: o *lugar central*" (SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente. In: _____. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 204).

8. Sobre a matéria, vide as propostas de: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Trad. Luis Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 25 e ss.; e GRACIA MARTÍN, Luís. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 29 e ss.

Pois bem, não são muitos os estudos que, no Brasil, ocuparam-se especificamente dessa relação de dependência do Direito Penal Ambiental em relação ao Direito Administrativo sancionador.[9] Entender essa relação, porém, é indispensável para compreender o perfil e as funções da proteção penal do meio ambiente e para assinalar novos caminhos para o legislador do futuro, no sentido de elaborar uma legislação ambiental verdadeiramente eficaz e garantista.

É de notar que grande parte dos tipos penais da Lei 9.605/1998 se revela absoluta ou relativamente dependente da normativa administrativa. É oportuno, portanto, efetuar uma breve referência aos diversos modelos de acessoriedade administrativa em matéria ambiental, bem como identificar, no âmbito da Lei 9.605/1998, quando e como se dá o reenvio à normativa extrapenal.

3. APROXIMAÇÃO CRÍTICA AOS MODELOS DE ACESSORIEDADE ADMINISTRATIVA

Em matéria ambiental, existe, como já destacado, uma estreita relação entre a disciplina penal e a normativa de caráter administrativo. É possível identificar, como o faz Heine, uma relação de absoluta dependência, de relativa dependência e de absoluta independência entre o conteúdo das normas penais incriminadoras e a normativa administrativa ambiental.[10]

O primeiro nível de acessoriedade vincula totalmente o Direito Penal ao Direito Administrativo sancionador. São casos nos quais se constata uma *absoluta*

---

9. Cabe registrar o importante e exaustivo estudo de: GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *RBCCrim* 58/152; bem como, em um sentido exemplificativo, mencionar as contribuições de PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 86-91; FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal*. São Paulo: IBCCrim, 2008. p. 193-219. CARVALHO, Érika Mendes de. Breves considerações sobre os limites constitucionais às remissões normativas em matéria penal ambiental. In: CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe (coords.). *Constituição e processo. A resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. Belo Horizonte: Del Rey/Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009. p. 183-194; GOMES, Luís Roberto. Acessoriedade administrativa nos delitos de pesca *RCP* 13/194; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – Efetividade – Tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 65 e ss.

10. Sobre a matéria, vide: HEINE, Günter. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. I, p. 293 e ss.; HEINE, Günter. Derecho penal del medio ambiente. Especial referencia al derecho penal alemán. *Cuadernos de Política Criminal* 61/57 e ss.; CATENACCI, Mauro; HEINE, Günther. La tensione tra diritto penale e diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell'ambiente. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia* 4/921-943.

dependência do Direito Penal em relação à normativa administrativa, de modo que o conteúdo do injusto penal determina apenas a observância desta última. A regulação penal ambiental se destina, precipuamente, a assegurar a execução da normativa administrativa e a garantir que os padrões mínimos estipulados por esta sejam efetivamente seguidos pelas pessoas físicas e/ou jurídicas.

Em síntese, "a ameaça penal vai dirigida à manutenção dos *standards* administrativos e ao reforço do controle dos organismos administrativos", ou seja, "à manutenção da execução das normas administrativas protetoras".[11] Quando a normativa administrativa não dispõe de suficiente força coercitiva, acentua-se a incorporação dos ilícitos administrativos aos tipos penais, consagrando-se uma relação de absoluta dependência, na qual o conteúdo do ilícito penal absorve em sua totalidade disposições de natureza administrativa. O objetivo principal, porém, não radica tanto em oferecer respaldo às disposições legais do Direito Administrativo, mas sim em reforçar a execução destas por parte da Administração Ambiental.[12]

O modelo da acessoriedade absoluta termina por equiparar a função do Direito Penal e os fins da pena à função do Direito Administrativo e aos fins das sanções administrativas. Noutro dizer, o Direito Penal do Ambiente circunscreve seu âmbito de atuação à tutela da eficácia concreta dos comandos administrativos, o que, do ponto de vista que aqui se sustenta, não tem *status* de bem jurídico. O Direito Penal do Ambiente, em situações normativas de total dependência, tem como função assegurar o cumprimento das decisões administrativas destinadas, por exemplo, ao controle e à supervisão de atividades potencialmente lesivas aos recursos naturais (v.g., art. 68 da Lei 9.605/1998). Teria, assim, um caráter altamente simbólico.

Essa estrita dependência do Direito Penal à normativa administrativa pode se realizar de várias formas. Uma delas ocorre quando a configuração da conduta delitiva depende da infração prévia de um comando emanado da Administração Ambiental, que obriga o infrator a ajustar sua conduta, dentro de certo lapso temporal, à regulamentação administrativa. Outro exemplo de vinculação absoluta do Direito Penal ao Direito Administrativo sancionador se dá com a introdução dos denominados *valores-limite*, estipulados por determinados órgãos como forma de fixar objetivamente o limite mínimo para o início da intervenção penal.

Logo, é forçoso indagar, em primeiro lugar, se o modelo da acessoriedade absoluta não termina por fundir – e confundir – os domínios do Direito Penal

11. GONZÁLEZ GUITIÁN,Luis. Op. cit., p. 120.

12. Assim: HEINE, Günter. Accesoriedad administrativa... cit., p. 294.

aos domínios da Administração Ambiental, transformando a pena em um mero instrumento de reforço das sanções administrativas. E, em segundo lugar, se em casos assim não haveria uma autêntica tutela de funções – *in casu*, da Administração Ambiental (v.g. art. 69, Lei 9.605/1998) – e não legítima proteção de bens jurídicos. Essa reflexão será desenvolvida ao longo desse estudo.

Existe, ainda, um segundo grau de acessoriedade, que importa em uma *dependência relativa* do Direito Penal ao Direito Administrativo. O ilícito administrativo formal, ainda que parte integrante do tipo penal, não esgota o conteúdo de injusto da conduta delitiva. A infração da normativa administrativa é condição necessária, mas não suficiente, para determinar a ilicitude penal, de modo que "a intervenção penal estará, pois, indicada quando entra em jogo um desvalor da ação ou do resultado, adicionais e qualificados, isto é, que ultrapassem o mero ilícito administrativo".[13] Faz-se necessária, portanto, a presença, como elemento objetivo do tipo, de uma lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico ambiente – ou a bens jurídicos individuais ou coletivos (como a integridade física ou a saúde pública, respectivamente) – que indiquem a necessidade da sanção penal. Esta não atuará apenas como reforço da sanção administrativa, posto que aqui o ilícito penal não se limita a prescrever a observância da normativa administrativa de caráter geral.

Esse modelo de acessoriedade relativa comporta diferentes formas de manifestação. Uma forma menos relevante consiste na chamada *acessoriedade conceitual*, que nada mais é do que a incorporação de elementos normativos de valoração jurídica ao tipo objetivo dos delitos ambientais (v.g. floresta considerada de preservação permanente; unidades de conservação). Essa terminologia, própria do Direito Administrativo, revela-se indispensável na descrição das condutas típicas. Logo, cabe ao magistrado se familiarizar com as expressões técnicas próprias da normativa de caráter extrapenal, a fim de permitir uma exegese e aplicação adequadas do conteúdo típico das condutas delitivas.

Outras formas de dependência, mais frequentemente constatadas, são a vinculação ao Direito Administrativo e ao ato administrativo. A primeira delas denota um grau mais forte de acessoriedade: o ilícito administrativo integra a específica matéria de proibição penal. Isto é, figura como elemento adicional do tipo de injusto à violação da normativa administrativa. A segunda forma, por sua vez, implica uma dependência mais débil, já que a matéria de proibição – ou seja, a totalidade do conteúdo do injusto – é fixada pelo tipo penal, de modo que a normativa administrativa se apresenta, conforme o caso, apenas

13. GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis. Op. cit., p. 121.

como uma causa de justificação. A intervenção dos órgãos da administração ambiental poderá, com caráter excepcional, justificar a conduta típica, sem excluí-la. No primeiro caso, constata-se o que a doutrina denomina *acessoriedade ao Direito Administrativo* ou *acessoriedade normativa (Verwaltungsrechts akzessorietät)*;[14] no segundo, haverá uma *acessoriedade ao ato administrativo (Verwaltungsaktakzessorietät)*. Apenas a primeira hipótese configura um exemplo de lei penal em branco.

Na acessoriedade ao Direito Administrativo, portanto, a configuração típica do delito ambiental incorpora, como elemento objetivo, a infração de deveres impostos pela normativa administrativa (v.g. art. 45 – "em desacordo com as determinações legais" –, art. 50 – "objeto de especial preservação", arts. 54, § 2.°, V, e 56, *caput* –"em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos", "em desacordo com as normas ambientais ou de segurança" – art. 56, § 1.°, I, todos da Lei 9.605/1998). Tal violação é apenas um elemento do tipo, não esgotando o conteúdo do injusto penal ambiental. Trata-se, de conseguinte, de uma dependência relativa. Entre os aspectos positivos do modelo em apreço, cumpre assinalar o preenchimento de certas lacunas ou vazios punitivos abertos pela eventual inoperância da Administração Ambiental.[15] Contudo, é imprescindível que a disciplina administrativa – que se exterioriza em uma gama difusa de leis, portarias e regulamentos – estipule, com clareza e objetividade, quais os deveres das pessoas físicas e jurídicas em matéria ambiental.[16]

Muitas vezes o legislador penal, ao incorporar a acessoriedade ao Direito Administrativo, fomenta alguns problemas práticos que podem comprometer a aplicação das normas incriminadoras ambientais. De fato, certas referências típicas genéricas – v.g., "em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos" (art. 56, *caput*, Lei 9.605/1998); "com infringência das normas de proteção" (arts. 38 e 38-A, Lei 9.605/1998) – podem acentuar a possibilidade de reconhecimento do erro de tipo, diante da vasta normativa extrapenal orientada à tutela ambiental. Assim, a numerosa e complexa normativa administrativa de caráter ambiental pode favorecer a alegação de erro

14. ENSENBACH, Hans-Peter. *Probleme der Verwaltungsakzessorietät im Umweltstrafrecht*. Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris: Peter Lang, 1989; FRISCH, Wolfgang. *Verwaltugsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 1993.

15. Vide, nesse sentido, a crítica de: HEINE, Günter. Accesoriedad administrativa... cit., p. 296-297.

16. Cf. HEINE, Günter. Accesoriedad administrativa... cit., p. 297.

acerca da adequação ou não de determinada conduta aos ditames daquela. Esse inconveniente faz com que a relação de acessoriedade do Direito Penal ao Direito Administrativo se edifique sobre uma base altamente instável.[17]

Outro modelo de acessoriedade relativa é o que diz respeito ao ato administrativo. Na acessoriedade ao ato administrativo, verifica-se a referência a um ato concreto da Administração Ambiental (por exemplo, uma autorização, permissão ou licença). O importante, para a configuração do ilícito penal, é que a conduta realizada não esteja autorizada – ou se efetue sem a autorização – ou que descumpram os limites fixados pelo ato administrativo.

Se o próprio tipo penal condiciona expressamente a realização da conduta incriminada à ausência de autorização, permissão ou licença, por exemplo, ou à infração de seus limites, tem-se uma efetiva dependência da tipicidade à normativa administrativa. Entretanto, se falta a referência expressa, no âmbito do tipo, ao ato administrativo, este se limitará a excluir a ilicitude da conduta típica.

Em resumo, mesmo quando o legislador penal não fizer referência expressa, no âmbito do tipo, à normativa administrativa, uma eventual e excepcional autorização da conduta no campo administrativo poderá, ainda assim, repercutir sobre a configuração da conduta delitiva. O ato administrativo funcionará, nesses casos, como uma causa de justificação (por exemplo, exercício regular de um direito) e excluirá, de consequência, a antijuridicidade da conduta. Contudo, o legislador penal poderá, de modo expresso, fazer referência no tipo à falta de autorização, permissão ou licença, por exemplo. Nesses casos, a presença do ato administrativo afastará a própria tipicidade da conduta. Essa última forma de acessoriedade relativa já demonstra, na esfera da tipicidade da conduta, uma clara concordância com a normativa administrativa. Todavia, embora estipule com maior clareza os deveres próprios do sujeito ativo (pessoa física ou jurídica), destinatário do ato administrativo, tem recebido grande número de críticas por parte da doutrina. E essas se dirigem fundamentalmente ao fato de que os déficits administrativos da proteção ambiental acabam por se trasladar ao delito ecológico, a partir do momento em que a configuração

17. Com efeito, como bem se assinala, "a normativa de proteção ambiental constitui um *mare magnum* de difícil navegação: um número muito elevado – e que só faz aumentar – de normas de toda classe se acumulam, se entrelaçam e se superpõem em uma rede que pretende ser protetora e que, apesar de tudo, se mostra incoerente e incompleta. A acessoriedade do Direito penal na proteção do ambiente se constrói, assim, sobre uma base instável, o que, como é lógico, repercutirá na hora da (in)aplicação do preceito" (GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis. Op. cit., p. 132).

deste passa a depender do ato administrativo. A adoção desse modelo de acessoriedade escancara, em síntese, eventuais deficiências no controle, fiscalização e regulamentação de atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente, por exemplo, e tais impropriedades repercutirão necessariamente na disciplina jurídico-penal da matéria.

É oportuno destacar que a normativa de caráter administrativo se destina a disciplinar determinadas atividades, condicionando sua realização à satisfação de requisitos legalmente exigidos. Para tanto, deverá a Administração Pública comprovar a observância estrita dos mencionados requisitos para a outorga de uma autorização, permissão ou licença. Quando a normativa administrativa apresenta um caráter geral, ela própria estipula as limitações a que sujeita certas atividades, prescindindo de atos individuais. Todavia, muitas vezes são atos individuais os que constatam o ajuste da atividade em concreto à normativa geral, de modo que a eficácia limitadora desta última dependerá da intervenção daqueles. As autorizações administrativas em matéria ambiental são exemplos paradigmáticos de atos administrativos cuja outorga depende da comprovação da existência de um direito ou do exercício de uma faculdade em sintonia com a normativa administrativa. As autorizações, porém, não se limitam a reconhecer e a condicionar o livre exercício de um direito preexistente, posto que, modernamente – e especialmente na esfera econômica e ambiental – desempenham um importante papel com vistas a orientar a atividade autorizada, dirigindo-a em um sentido expressa ou implicitamente deduzido da normativa regulamentadora vigente.[18]

Cumpre salientar que possíveis déficits de eficiência na aplicação da legislação penal ambiental que decorram da dependência da atuação administrativa podem ser reduzidos se observada a necessária coordenação entre esta última e o disposto nas leis de proteção ambiental. Essa conexão, como bem se adverte, "representa uma legitimação de alto nível", que assegura "que não cesse necessariamente a proteção jurídico-penal quando falte a atuação da autoridade administrativa correspondente". Ademais, com esse proceder "ficaria legalmente esclarecido que uma situação jurídica outorgada por uma autorização

18. Do ponto de vista descritivo, esclarece De La Mata Barranco que "a autorização já não significará a remoção de um obstáculo existente para que esse direito preexistente possa ser exercitado, mas permitirá a realização de atividades que a norma considera próprias dos particulares, mas sobre as quais existe uma proibição geral prévia" (DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. Barcelona: Cedecs, 1996. p. 98).

não é absoluta".[19] Todavia, faz-se indispensável que a legislação administrativa ambiental estipule com clareza os requisitos e condições que determinadas atividades potencialmente lesivas ao ambiente devam seguir.

Esse modelo de acessoriedade, diversamente do anterior, não se dirige à proteção das funções específicas da Administração Ambiental. Os tipos penais tutelam distintos aspectos naturais do bem jurídico meio ambiente (por exemplo: a fauna, a flora, as águas, o ar, o solo), que assume contornos próprios e inequívoca autonomia. É possível, porém, que o ilícito penal adquira feições distintas das infrações administrativas ambientais – igualmente destinadas à proteção do bem jurídico ambiente – quando os tipos penais incorporam elementos qualificadores (ou qualificantes), conforme adiante se discutirá.

Por derradeiro, há normas penais ambientais *absolutamente independentes* da normativa administrativa. São hipóteses onde não se vislumbra qualquer vinculação com o Direito Administrativo Ambiental (v.g. arts. 32, 33, *caput*, 41, 48, da Lei 9.605/1998). Logo, a aplicação das normas penais incriminadoras se dá com total independência do disposto na legislação de caráter administrativo. Isso ocorre, geralmente, quando o escopo do legislador penal é a tutela de certos recursos ambientais de modo absoluto, em razão da magnitude das lesões ou perigos que possam afetá-los. Demais disso, outros bens jurídicos importantes – tais como a vida, a saúde pública, a integridade física – podem estar expostos à situação de risco, de modo que a intervenção jurídico-penal se faz imperativa.

Do exposto podem ser aferidos três *graus* de acessoriedade: o primeiro deles – o mais fraco – ocorre quando as normas penais ambientais são absolutamente independentes da normativa administrativa. Nessas hipóteses – relativamente escassas –, a decisão da Administração Ambiental ou a normativa administrativa não fundamentam o tipo penal e só podem atuar, com caráter excepcional, como uma causa de justificação (v.g. exercício regular de um direito, estrito cumprimento de dever legal). O segundo grau de acessoriedade se verifica com a incorporação do ato administrativo – ou da normativa administrativa – como elemento cofundamentador do injusto penal ambiental (dependência relativa). Só figura como típica a conduta que infrinja os limites fixados pelo ato administrativo em concreto ou que desobedeça ao seu conteúdo, por exemplo, ou, ainda, que importe em transgressão dos ditames da normativa administrativa. O ilícito administrativo faz parte da matéria de proibição penal. Por fim, o terceiro e mais forte grau de acessoriedade é o que diz respeito às normas penais

19. HEINE, Günter. Accesoriedad administrativa... cit., p. 297.

que têm como conteúdo exclusivo a prescrição do respeito ou observância das decisões ou comandos da Administração Ambiental. Trata-se do modelo da acessoriedade absoluta acima exposto, conforme o qual o conteúdo do ilícito penal ambiental se esgota no ilícito administrativo.

O certo é que tanto a total subordinação do Direito Penal Ambiental ao Direito Administrativo sancionador como a plena autonomia daquele são extremos não assumidos com caráter exclusivo por nenhum ordenamento. Os três modelos acima expostos concorrem simultaneamente na grande maioria das modernas legislações ambientais, de modo que é possível aludir apenas a um sistema majoritariamente penal, majoritariamente administrativo ou misto.[20] Os objetivos de cada sistema, porém, são diferentes. Por essa razão, longe de figurar apenas como uma mera questão de técnica legislativa na elaboração dos tipos penais em matéria ambiental, a prevalência de um ou de outro modelo denota a orientação pretendida pelo ordenamento jurídico penal nessa seara.

4. A ACESSORIEDADE AO DIREITO ADMINISTRATIVO E A PROBLEMÁTICA DAS LEIS PENAIS EM BRANCO

Grande parte das legislações penais ambientais contemporâneas perfilha uma orientação relativamente acessória. Poucos são os tipos penais que não apresentam qualquer forma de conexão com a normativa de caráter administrativo. A noção de acessoriedade implica a outorga à Administração Pública da importante função de fixar e delimitar o âmbito do cuidado objetivamente devido e do risco permitido em seara ambiental. E isso tanto do ponto de vista geral, através da elaboração de uma legislação e de uma regulamentação adequadas à proteção do ambiente, como do ponto de vista individual, concedendo licenças, autorizações e permissões que expressem a correta ponderação entre a tutela da incolumidade ambiental e a admissibilidade de atividades potencialmente lesivas a esta última. Nesse domínio, importa assinalar que a atividade dos órgãos vinculados à Administração Ambiental deve se pautar pela perspectiva da sustentabilidade no desenvolvimento das condutas de risco, aliada a uma orientação com fins preventivos. Cabe àqueles, portanto, a conciliação de interesses aparentemente antagônicos – como podem ser a conservação ambiental e a exploração dos recursos naturais –, prescrevendo a adoção de medidas preventivas quando da instalação e do funcionamento de

20. Como concluem, com acerto: BAJNO, Ricardo. La tutela dell'ambiente nel Diritto Penale. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia* 1/353, e DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Op. cit., p. 62-63.

instalações poluidoras ou quando do desenvolvimento de atividades de exploração ambiental, por exemplo.[21]

Diversamente do modelo anterior, este não se dirige à tutela da própria gestão ambiental feita pela Administração Pública. Não há, aqui, o risco de transformar a própria atividade da Administração Ambiental ou a normativa administrativa em bem jurídico protegido. A relativa dependência do Direito Penal do Ambiente em relação à disciplina administrativa de forma alguma compromete a função de tutela do ambiente como bem jurídico dotado de inegável autonomia. Entretanto, para que os tipos penais assim configurados não se revistam de um caráter exclusivamente simbólico, faz-se necessário que a conduta ou condutas tipificadas importem, preferencialmente, em lesão ou perigo – concreto – de lesão aos recursos naturais.[22] Esse desvalor do resultado assegura que a infração da normativa administrativa (geral ou específica) implique em lesão ou perigo ao ambiente e que, portanto, necessária se faça a intervenção penal.

Pois bem, a relação de acessoriedade pode figurar, no âmbito do injusto penal, como um desvalor da ação adicional. Ou seja, a conduta tipificada, ao não observar o disposto pela regulamentação administrativa, demonstra um maior desvalor da ação, revelado pelo modo ou forma de realização desta ou, conforme o caso, pela infração de deveres jurídicos específicos. Para alguns,[23]

---

21. A Administração Ambiental atua, portanto, "como garante de um correto aproveitamento ambiental, ao decidir quais atividades ou processos prejudicam o ambiente, ao estabelecer a ponderação de riscos e utilidades possíveis e ao estipular as medidas de cuidado a serem tomadas, de tal modo que o potencial agente poluidor possa se limitar a cumprir a normativa prevista sem questionar se seria possível alcançar um maior grau de segurança na sua atuação, mesmo quando com frequência quem atue possa ter melhores conhecimentos do que a própria Administração" (DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Op. cit., p. 75-76).

22. Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María et alii. *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. Granada: Comares, 2010, p. 522.

23. Assim, destaca De La Mata Barranco que a remissão à legislação extrapenal do antigo art. 347 bis do Código Penal espanhol "se conecta ao desvalor da ação, dado que o do resultado já vem expresso na redação do preceito. E isso não importa afirmar que constitua núcleo do tipo de injusto, mas unicamente um elemento normativo a mais". Em síntese, são elementos normativos que acrescentam algo à periculosidade objetiva *ex ante* da conduta poluidora, e que, de conseguinte, "passam a configurar o desvalor da ação, que posteriormente deverá se concretizar em um desvalor do resultado efetivo ou potencial, mas já em uma perspectiva *ex post*. Mas importante, em todo caso, é vincular a remissão normativa ao juízo de valor subjacente no tipo" (op. cit., p. 87). Nesse sentido, também: MORALES PRATS, Fermín. La técnica de la ley

que incorporam critérios objetivos de imputação no âmbito dos delitos dolosos de ação, uma conduta com essas características é, do ponto de vista *ex ante*, portadora de maior periculosidade. Por outra parte, o reenvio normativo indicativo de um maior desvalor da ação deve vir acompanhado de um desvalor do resultado. Assim, na construção dos tipos penais ambientais relativamente acessórios, deve o legislador introduzir a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico protegido como elemento constitutivo do ilícito penal nos delitos dolosos de ação. O desvalor do resultado (representado pela lesão ou pelo perigo concreto ao bem jurídico) contribui para traçar limites mais precisos à intervenção jurídico-penal, quando da adoção do modelo da relativa dependência ou acessoriedade. A exigência de que da ação incriminada decorra lesão ou perigo concreto de lesão ao ambiente ou a outros bens jurídicos não implica defender uma diferença qualitativa entre o ilícito penal e o ilícito administrativo ambiental. Significa, isto sim, sugerir que o ilícito penal se fundamente não só na infração da normativa administrativa, mas incorpore, ademais, um desvalor do resultado. Logo, a infração *dolosa* da normativa administrativa cofundamentaria o ilícito penal – ao integrar o desvalor da ação –, que não se esgotaria nessa violação. Exigiria sempre, para sua plena configuração, um desvalor do resultado, representado pela lesão ou perigo concreto de lesão ao ambiente. Esse modo de proceder na elaboração dos tipos penais ambientais relativamente acessórios assegura a tutela dos recursos ambientais e evita a inflação da legislação extravagante com a incorporação de tipos que deveriam figurar apenas como meras infrações administrativas.

Esse último modelo, como já mencionado, dá lugar a uma configuração da norma penal incriminadora como *norma penal em branco*. Logo, toda a discussão doutrinária acerca da admissibilidade dessa técnica legislativa – que não se circunscreve aos delitos ambientais – vem à tona quando da adoção do modelo de acessoriedade ao Direito Administrativo. As normas ou tipos penais em branco são aqueles nos quais a descrição da conduta incriminada encontra-se incompleta, dado que o legislador – propositalmente – deixa a cargo de outra instância legislativa (de mesmo nível ou de nível inferior) a tarefa de complementar o disposto no preceito legal. Isso ocorre com maior frequência na disciplina de matérias cuja dinamicidade e constante evolução exigem que a normativa penal se adapte rapidamente à evolução científica e tecnológica. Perfilha-se, aqui, uma concepção das normas penais em branco em sentido

penal en blanco y el papel de la legislación de las comunidades autónomas en el delito ambiental. *Estudios jurídicos en memoria de Luis Mateos Rodríguez*. Santander: Universidad de Cantabria, 1993. p. 361-363.

amplo. Isto é, a referida noção compreende tanto as remissões feitas à legislação extrapenal ou a atos normativos de nível inferior (assim, por exemplo, portarias, regulamentos), como as hipóteses nas quais a complementação da hipótese fática é realizada pela mesma ou por outra lei penal.

As principais objeções ao emprego dessa técnica na elaboração dos tipos penais são dirigidas às normas penais em branco próprias ou em sentido estrito. Nestas, a complementação da lacuna existente no preceito legal é feita por atos normativos de nível inferior à lei penal. Indaga-se, portanto, se a remissão feita à normativa de caráter administrativo ambiental não emanada do Poder Legislativo, por exemplo, implica em ofensa ao princípio da legalidade.[24] Dado que compete privativamente ao Poder Legislativo legislar em matéria penal, a possibilidade de complementação das hipóteses fáticas por dispositivos constantes de normativa de nível inferior enseja, segundo um setor doutrinário, inequívoca afronta ao princípio da legalidade, no aspecto da reserva legal. A descrição da conduta delitiva deveria, assim, ser feita exclusivamente pela lei penal. Essa postura, se levada às últimas consequências, pode implicar em rechaço absoluto de qualquer remissão típica à normativa extrapenal. Assinala-se ainda, nesse sentido, que a exigência constitucional de taxatividade na elaboração dos tipos penais, derivada do princípio da legalidade, estaria igualmente comprometida caso se admitisse a complementação de seu conteúdo pela Administração Ambiental.

Por outro lado, a maior parte da doutrina assevera que a integração do conteúdo de um tipo penal por normativa de grau inferior não se reveste necessariamente de inconstitucionalidade. Todavia, a legalidade das remissões extrapenais encontra-se condicionada à chamada *teoria do complemento indispensável*, que do ponto de vista técnico-legislativo a subordina a três requisitos essenciais: o caráter expresso da remissão normativa, a necessidade de seu uso em função das características do bem jurídico protegido e a descrição do núcleo essencial da proibição pela lei penal.[25] Esta última deve obrigatoriamente conter o núcleo essencial da ação proibida ou ordenada, além de delimitar, inteiramente, o bem jurídico protegido.[26] A teoria do complemento

24. Cf. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco. *Actualidad Penal* 1/449.

25. Cf. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. *El medio ambiente en la crisis del Estado social: su protección penal simbólica*. Granada: Comares, 2006. p. 230 e ss.

26. CEREZO MIR, José. Las leyes penales en blanco en la protección del medio ambiente. *Obras completas. Derecho penal. Otros estudios*. Lima: Ara, 2006. t. II, p. 381.

indispensável visa a conciliar as exigências do princípio da taxatividade com as características do objeto de tutela e com a própria *ratio legis* da normativa penal ambiental.

Os obstáculos constitucionais à admissibilidade da referida técnica legislativa poderiam ser transpostos com a fixação do conteúdo de injusto das condutas delitivas pela lei penal.[27] Assim, embora haja limites impostos pela estrita legalidade e pela separação de poderes, é da essência do Estado Democrático de Direito a existência de contribuições recíprocas entre seus órgãos. E isso é assim por força da necessidade de se imprimir, democraticamente, eficiência às atividades daqueles que exercem o poder político estatal em nome de seu titular, a fim de que possam proteger adequadamente os bens jurídicos essenciais para a vida em sociedade. A atuação isolada do legislador penal poderia comprometer a eficiência de sua missão de proteção de bens jurídicos fundamentais, o que sem dúvida ocorreria se a tutela penal fosse sempre e necessariamente autônoma e absolutamente independente de outras instâncias do poder público.

Sendo a remissão à normativa administrativa (acessoriedade ao Direito Administrativo) conciliável com o princípio da legalidade, no aspecto da reserva legal – desde que observados os ditames da teoria do complemento indispensável –, faz-se oportuno salientar, ademais, que a referida técnica tampouco deve merecer reparos no tocante ao aspecto da taxatividade/determinação. Se a referência à normativa administrativa inferior à lei penal for uma remissão expressa e completa a normas específicas, tem-se claramente um elemento normativo do tipo que deve estar abarcado pelo dolo do agente.[28] Esse elemento do tipo objetivo, porém, não participa do núcleo essencial do ilícito penal. Apenas complementa o conteúdo do injusto penal, fundamentando um especial desvalor da ação, conforme já apontado.[29]

---

27. Cf. MESTRE DELGADO, Esteban. Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. II, p. 514 ss.; DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Op. cit., p. 82; CANTARERO BANDRÉS, Rocío. El delito ecológico: análisis del actual tipo penal y sus antecedentes. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan (org.). *El delito ecológico*. Madrid: Trotta, 1992.

28. A respeito da necessidade de se informar o acusado acerca da normativa administrativa que complementa o tipo penal que lhe é imputado, em nome do princípio da ampla defesa, vide as considerações feitas por: ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. Op. cit., p. 238.

29. Segundo Bricola, a remissão normativa deve circunscrever-se "àqueles casos nos quais a própria norma penal indica a esfera e conteúdo de desvalor que a norma pretende

E essa complementação do desvalor da ação, nos delitos ambientais, depende, em muitos casos, da normativa administrativa. Esta última se mostra, portanto, como um elemento normativo adicional que contribui para delimitar o âmbito do penalmente relevante e para traçar com maior precisão e atualidade o conteúdo do injusto penal. Todavia, o núcleo deste se situa na norma penal incriminadora, em consonância com o princípio da legalidade. A especificidade da matéria de regulação exige que a conduta desvalorada penalmente viole o disposto na normativa administrativa. Mas esta se limita, por exemplo, a estabelecer certos parâmetros técnicos que condicionam a intervenção punitiva. A flexibilidade destes padrões justifica que a descrição típica não faça uma referência específica aos mesmos, deixando a tarefa à normativa extrapenal. A ausência de reenvio normativo não conferiria ao tipo penal maior precisão ou determinação, ao contrário. Como bem adverte De La Mata Barranco, "isso unicamente conduziria a uma casuística nas leis penais praticamente inviável no tocante a matérias muito flutuantes, cuja dinâmica resulta incompatível com o tempo que exige a atividade parlamentar".[30]

Argumenta-se, porém, que mesmo quando a referência à normativa administrativa apresentasse cunho relativamente acessório – acessoriedade ao Direito Administrativo –, não fundamentando o núcleo essencial da matéria de proibição, isso não a eximiria de afrontar, eventualmente, importantes princípios penais de garantia. De fato, se a remissão em apreço for dispensável para a descrição da conduta incriminada ou se a normativa administrativa a que se faz alusão for imprecisa, não há razão para adicionar esse elemento normativo ao tipo penal. Recomendável seria, em tais hipóteses, uma configuração típica absolutamente independente da normativa extrapenal. Demais disso, um inadequado reenvio normativo poderia, inclusive, comprometer a função de proteção de bens jurídicos do Direito Penal Ambiental. Nesse sentido, observa-se que condicionar a tipicidade penal de emissões poluidoras que exponham a

impor, deixando à fonte secundária tão somente a enunciação técnica, detalhada, e a atualização dos fatos ou objetos que apresentam tal significado de desvalor; com a condição, ademais, de que a enunciação de natureza técnica seja expressão de um critério já encontrado no âmbito da norma penal de fonte legislativa" (BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. *Novissimo Digesto italiano*. Torino: Utet, 1973. t. XIX, p. 42-43).

30. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Op. cit., p. 84. Nesse sentido, vide também: CASABÓ RUIZ, José Ramón. La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente. *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 1982. t. V, p. 259.

perigo ou lesem gravemente a saúde das pessoas e/ou a integridade dos recursos ambientais a que aquelas se realizem "em desconformidade com a legislação ambiental", por exemplo, implica em intolerável "distorção da eficácia da proteção penal".[31]

Entretanto, essa crítica só tem sentido quando se rejeita, inclusive, a acessoriedade ao Direito Administrativo. Quando o tipo penal exprime com clareza o conteúdo de injusto específico de uma determinada conduta delitiva, o reenvio à normativa extrapenal se limitará a traçar com maior precisão os seus limites, desde que esta última se revista de clareza e objetividade. O recurso à técnica das leis penais em branco, se corretamente empregado, figura como um elemento normativo capaz de denotar um incremento do desvalor da conduta, contribuindo para fundamentar o ilícito penal e conferir atualidade ao seu conteúdo. No entanto, diversamente dos tipos onde há uma subordinação absoluta do Direito Penal Ambiental aos ditames da normativa administrativa, subjaz claramente, na norma incriminadora em branco, a essência (núcleo) da conduta proibida. Tanto é assim que o tipo penal exige – como desvalor do resultado – a exposição a perigo concreto ou a lesão efetiva e grave ao ambiente e/ou à saúde das pessoas. Logo, nem toda legislação ambiental será idônea a complementar o conteúdo do ilícito penal, mas apenas aquela que acrescente um *plus* à conduta penalmente sancionada, conferindo-lhe um especial desvalor.[32]

De outro lado, existe a objeção de que a técnica das leis penais em branco pode infringir o princípio da divisão de poderes, dado que parte da competên-

31. MESTRE DELGADO, Esteban. Op. cit., p. 524. E complementa: se a lesão ou exposição a perigo desses bens jurídicos ocorrer "sem infringir normas reguladoras do meio ambiente, o Juiz deverá constatar, primeiro, se existem essas normas extrapenais que proíbem a conduta incriminada; segundo, caso não existissem, se o sujeito ativo conhecia os efeitos de sua ação e os assumia, e terceiro, caso existisse uma norma – legal ou administrativa – que permitisse provocar emissões que expusessem a perigo grave a saúde das pessoas ou prejudicassem gravemente o meio ambiente, qual deveria ser sua transcendência".

32. Nesse sentido, resume com precisão De La Mata Barranco que "a referência típica ao perigo que deva criar a conduta poluidora já permite estabelecer a partir do próprio tipo penal critérios de interpretação – conformes ao princípio da lesividade – com o fim de selecionar a normativa integradora que acrescenta qualitativamente algo ao tipo de injusto". De conseguinte, "nem toda infração ao disposto na legislação protetora do ambiente deve ser relevante para efeitos de integração do tipo básico presente na norma penal" (op. cit., p. 88). Vide, igualmente: MORALES PRATS, Fermín. Op. cit., p. 367.

cia – privativa da União – para legislar em matéria penal seria transferida aos Estados-membros. Essa crítica pode ser refutada, em parte, com os mesmos argumentos já expostos. Aspectos específicos da própria matéria de regulação (de natureza técnica, biológica etc.) podem exigir que os tipos penais se adaptem às diversidades regionais, o que só pode ser logrado através do recurso às leis penais em branco. A observância da normativa administrativa local significa, nesses casos, um importante aliado para a adaptação do conteúdo do injusto ambiental à natureza das coisas. Uma uniformidade estrita, nessas situações, poderia conduzir a uma tutela inoperante. O fato de que uma conduta possa ser considerada delitiva em uma região do país e atípica em outra em razão do reenvio normativo não significa uma discriminação inadmissível.[33] Ao contrário: trata-se, isto sim, de uma aplicação concreta em sintonia com a *ratio* que informa o preceito legal. Só o recurso à norma penal em branco possibilitará o ajuste da pretendida tutela à realidade concreta. Na doutrina espanhola, García Arán diferencia aquilo que designa como *remissão interpretativa* – quando o tipo penal contém elementos cujo exato conteúdo é esclarecido pela normativa administrativa – da chamada *remissão em bloco* – quando o legislador delega à esfera extrapenal a tarefa de definir um dos elementos do tipo.[34] No primeiro caso, tem-se em realidade a denominada acessoriedade conceitual, perfeitamente aceitável em função da especificidade da própria matéria de proibição. Já na segunda hipótese, altamente criticada pela autora, a definição da conduta incriminada não se encontra nas mãos do legislador penal, que sanciona a mera desobediência à normativa administrativa. Opta-se, *in casu*, pelo modelo da absoluta acessoriedade na definição das condutas típicas.

Nesse ponto, cumpre mais uma vez destacar que a conveniência político-criminal do uso de remissões extrapenais não justifica automaticamente a elaboração de tipos penais indeterminados ou cujo núcleo essencial consista basicamente na desobediência de determinações administrativas. Assim, sempre que o modelo adotado na construção dos tipos penais ambientais for o da acessoriedade absoluta e o núcleo essencial do ilícito penal estiver representado pelo descumprimento de normativa extrapenal, haverá infração ao princípio de intervenção mínima e o uso simbólico da lei penal. Quando

33. Sobre a questão, vide: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Competencia 'indirecta' de las comunidades autónomas en materia de derecho penal? *Revista Jurídica Española* I/964-982; DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Op. cit., p. 84-85, entre outros.

34. Cf. GARCÍA ARÁN, Mercedes. Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal. *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1993. t. XVI, p. 71-72.

o legislador penal incrimina a infração genérica de normas ou regulamentos administrativos (remissões *in totum*), as decisões dos órgãos da Administração Pública constituem o núcleo fundamental do ilícito penal, o que demonstra uma inadmissível instrumentalização do Direito Penal a serviço dos interesses administrativos.[35] É indispensável que a norma complementadora, normalmente elaborada por técnicos ambientais, não coloque em risco as pautas de garantia do Direito Penal. E a legitimidade do ingresso da norma complementar de caráter administrativo na esfera penal só ocorrerá quando respeitar os princípios penais fundamentais e não configurar o núcleo essencial do ilícito penal.[36]

Pode-se concluir, a esse respeito, que a técnica das leis penais em branco (próprias ou impróprias), inevitável na configuração típica de diversas condutas lesivas ou potencialmente lesivas ao ambiente, não afronta os princípios constitucionais penais. As razões que aconselham o recurso à acessoriedade ao Direito Administrativo – e não à absoluta acessoriedade à normativa administrativa – são, por uma parte, de ordem político-criminal. Todavia, além destas últimas há ainda argumentos vinculados à própria natureza da matéria de regulação. Esta exige uma consonância efetiva do conteúdo específico do ilícito penal com o disposto na normativa administrativa, ainda que de grau inferior. Só esse modo de proceder permitirá uma uniformidade na fixação do risco permitido e assegurará que a intervenção penal alcance tão somente aquelas condutas que atentem de modo significativo contra a incolumidade ambiental.

5. O caráter simbólico dos tipos penais absolutamente dependentes da normativa administrativa

Uma legislação que priorize uma concepção da proteção penal ambiental como absolutamente dependente da normativa administrativa deve ser categoricamente rechaçada. A função do Direito Penal Ambiental, em tais hipóteses, residiria tão somente na tutela de funções próprias da Administração Ambiental. E tais funções não podem figurar como um bem jurídico desse subsistema punitivo. Se a missão do Direito Penal do Ambiente radica na proteção de um bem jurídico autônomo, aquela se veria totalmente comprometida se esse setor

35. Vide De La Mata Barranco, Norberto J. Op. cit., p. 73; Escajedo San Epifanio, Leire. Op. cit., p. 259 e ss.

36. Cf. Gomes, Luís Roberto. Crimes de pesca no direito brasileiro: aspectos fundamentais da proteção penal de peixes, crustáceos e moluscos. *RCP* 9/232.

do ordenamento se ocupasse apenas em garantir a eficácia da normativa administrativa ou em punir os sujeitos que transgredissem o poder de planejamento e gestão ambiental da Administração Pública. O bem jurídico tutelado pelos tipos penais incriminadores assim configurados seria, portanto, "a capacidade de controle da Administração pública nessa matéria".[37]

De conseguinte, a irrenunciável relação de dependência do Direito Administrativo e o caráter subsidiário do Direito Penal não podem conduzir à opção por um Direito Penal Ambiental puramente simbólico. Uma legislação penal ambiental que assuma deliberadamente esse perfil viola diversos princípios penais de garantia, tais como o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, o princípio da intervenção mínima e o princípio da proporcionalidade dos delitos e das penas. Mais do que um ilícito penal meramente formal – que se limita a assegurar, por exemplo, a observância das formalidades ou das decisões administrativas –, esse modelo consagra injustos de mera desobediência, altamente criticáveis. E não apenas do ponto de vista da infração dos princípios penais de garantia, mas também sob a ótica do fundamento e fins da própria sanção penal. Sua imposição, em tais casos, se limitaria a reafirmar a vigência da normativa administrativa e a reforçar, de forma claramente instrumental, os objetivos específicos dos comandos administrativos.

Logo, rejeita-se aqui a configuração típica absolutamente dependente da normativa administrativa, posto que esse modelo não se orienta à proteção do ambiente como bem jurídico portador de substantividade própria.

6. ILÍCITO PENAL AMBIENTAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL: PROPOSTA DE DELIMITAÇÃO

Inicialmente, cabe recordar que a legalidade das remissões extrapenais encontra-se condicionada à chamada teoria do complemento indispensável, que a subordina – do ponto de vista técnico-legislativo – a três requisitos essenciais: o caráter expresso da remissão normativa, a necessidade de seu uso em função das características do bem jurídico protegido e a descrição do núcleo essencial da proibição pela lei penal. Devem, pois, ser rechaçadas aquelas remissões excessivamente amplas, pois essa forma de proceder instrumentaliza o Direito Penal a serviço dos interesses da Administração Pública.

O injusto penal deve apresentar um conteúdo próprio, embora se reconheça a inexistência de diferenças qualitativas entre o ilícito penal e o ilícito

37. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Op. cit., p. 73.

administrativo. Como bem se adverte, entre ambos existem apenas diferenças *quantitativas*,[38] posto que apresentam "um conteúdo material semelhante e a mesma estrutura lógica".[39] Fracassaram todas as tentativas de encontrar um critério que indicasse a presença de uma diferença material entre o ilícito penal e o administrativo. Com efeito, não procede a caracterização do ilícito administrativo como um ilícito meramente formal, baseado na infração de mandados e proibições legais. A proteção de bens jurídicos não é, porém, uma função exclusiva do Direito Penal.[40] Todas as normas jurídicas – e não apenas as de natureza penal – se orientam à tutela de bens jurídicos. Se assim não fosse, o comando normativo em questão seria arbitrário, já que seu conteúdo se resumiria a obrigar que os indivíduos o obedecessem.[41] De conseguinte, todo preceito normativo "é sempre parte integrante de uma regulamentação jurídica mais ampla, fundamentada materialmente", mesmo porque, segundo corretamente conclui Cerezo Mir, "uma regulamentação jurídica arbitrária, sem qualquer fundamento material, seria puramente despótica e deveria ser extirpada de nosso Direito".[42]

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos deve, portanto, pautar não apenas a intervenção jurídico-penal, mas também a extrapenal. Todos os comandos normativos apresentam determinado conteúdo de injusto material. Todavia, "do núcleo central do Direito Penal até as últimas contravenções penais ou infrações administrativas decorre uma linha contínua de um ilícito material que vai se atenuando, mas que não chega nunca a desaparecer completamente"; logo, é apenas a distância em relação ao "respectivo setor vital o que induz os juristas a acreditarem que o injusto de uma determinada infração é puramente formal".[43] Não se pode excluir da esfera do Direito Administrativo sancionador, portanto, a noção de bem jurídico. Nessa perspectiva, não existiria diferença entre a tutela de interesses ou funções da Administração

38. Assim, por exemplo, pronunciam-se CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español. Parte general*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2000. t. I., p. 42 e ss.; GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006. p. 60; PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 89.

39. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho*... cit., p. 48.

40. Idem, ibidem; GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal*... cit., p. 57, entre outros.

41. Cf. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho*... cit., p. 47; GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal*... cit., p. 60, entre outros.

42. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho*... cit., p. 47.

43. Idem, ibidem.

Ambiental por parte do Direito Administrativo sancionador e os demais bens jurídicos.[44]

De conseguinte, embora a proteção do ambiente como bem jurídico portador de substantividade própria não seja função apenas do Direito Penal, o certo é que a este se encontram reservadas tão somente as modalidades mais graves de condutas lesivas ou perigosas ao referido bem jurídico. Assim, algumas condutas lesivas ao ambiente devem merecer apenas sanções de caráter administrativo. Contudo, não em função da inexistência de um menoscabo material ao bem jurídico – que existe em qualquer infração –, mas sim em razão do caráter subsidiário do Direito Penal.

De fato, a existência de mecanismos alternativos de proteção ambiental contribui para reforçar a subsidiariedade do sistema penal e de suas sanções como instrumentos de tutela dos recursos naturais. A conduta elevada à categoria de ilícito penal deve, portanto, ser mais grave do que aquela vedada pelo Direito Administrativo sancionador. Essa maior gravidade não pode, porém, ser aferida com base na noção de bem jurídico, pois esta apresenta uma escassa capacidade para limitar o arbítrio do legislador penal.[45]

O cerne da questão reside, assim, na determinação de critérios capazes de avaliar a gravidade de uma conduta, fixando limites à intervenção do legislador penal. Do ponto de vista do conceito material de delito – e assumindo como premissa a existência de diferenças apenas quantitativas entre ilícitos penais e administrativos –, é preciso estipular critérios indicativos da maior magnitude do injusto penal, a fim de que apenas as formas mais graves (qualificadas) sejam sancionadas com penas.[46]

O ilícito penal ambiental é um ilícito penal *qualificado*, no sentido de que deve apresentar elementos que indiquem sua maior gravidade em relação aos ilícitos administrativos. Cabe advertir que essa qualificação denota apenas a maior gravidade do ilícito penal, mas não sugere a presença de diferenças qualitativas no tocante aos ilícitos administrativos. Tanto é assim que um ilícito

---

44. Assim, CEREZO MIR, José. *Curso de derecho*... cit., p. 48, que observa que "se o injusto administrativo fosse puramente formal, se se esgotasse na desobediência dos mandatos ou proibições do Direito, não poderia estabelecer o legislador diferenças na sanção entre as diversas infrações do Direito penal administrativo". E, complementa, "se o interesse da Administração é às vezes apenas *ratio legis* (...), também o é a proteção dos bens jurídicos nos delitos de perigo abstrato do Direito penal" (nota 28).

45. Cf. GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal*... cit., p. 58.

46. Idem, p. 60.

penal ambiental pode perfeitamente ser convertido em infração administrativa, sempre que não mais se fizer necessária a intervenção penal para sancionar a conduta em questão. Deve-se reservar a sanção penal às formas mais graves – qualificadas – das condutas praticadas em detrimento dos recursos naturais. As consequências jurídico-penais figuram como a *ultima ratio* na proteção de bens jurídicos, notadamente os de caráter supraindividual.[47] Quando inadequadas ou insuficientes as sanções extrapenais – igualmente orientadas à tutela do ambiente como bem jurídico –, caberá a intervenção do legislador penal. Este, por sua vez, deverá selecionar tão somente as infrações mais graves perpetradas contra o ambiente.[48] Essa seleção implica, conforme já destacado, o exercício de uma função *valorativa*.[49] Em síntese, "entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, entre a pena e a sanção administrativa, unicamente cabe estabelecer diferenças quantitativas e o limite deve ser traçado positivamente pelo legislador. Na redistribuição da matéria é preciso levar em consideração, de um modo primordial, a gravidade das infrações do ponto de vista material (desvalor ético-social ou cultural) e, apenas em segundo lugar, considerações de política criminal (a rapidez e a eficácia da sanção)".[50]

Os delitos ambientais devem, portando, apresentar uma maior gravidade material. A valoração realizada pelo legislador deve priorizar a seleção das condutas portadoras de maior periculosidade ou que acarretem perigos ou lesões mais significativos ao ambiente. As infrações administrativas mais graves devem ser convertidas em delitos e, por outro lado, a falta de necessidade de pena ou a escassa gravidade destes últimos devem conduzir à sua transformação

47. Cf. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 86.

48. Sobre o caráter subsidiário do Direito Penal, vide, por todos: CEREZO MIR, José. *Curso de derecho*... cit., p. 13 e ss., especialmente p. 19.

49. Cf. GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal*... cit., p. 60.

50. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho*... cit., p. 52. Considera Roxin que "o legislador deve estatuir uma contravenção onde uma sanção não penal bastar para assegurar o fim que persegue", e isso "acontece, sobretudo, no caso de delitos que implicam apenas em um menoscabo insignificante de bens jurídicos". Ressalva, porém, que "também se deve considerar essa possibilidade quando uma conduta, apesar de causar um dano às vezes considerável, só mostrar um escasso conteúdo de desvalor ético"; "em outros casos – por exemplo em algumas formas de condutas nocivas para o meio ambiente –, os deveres e sanções administrativas podem ser muitas vezes mais eficazes que a persecução penal, que nesses casos frequentemente se depara com dificuldades para esclarecer a responsabilidade individual" (ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et alii. Madrid: Civitas, 1997. I, p. 66, § 2.°, n. 30).

em meras infrações administrativas. Essa fungibilidade entre ambos ilícitos demonstra a inexistência de diferenças de ordem substancial.

A delimitação da gravidade material das condutas potencialmente lesivas ao ambiente é, porém, uma tarefa bastante complexa. Na atualidade, é inegável que a fixação dos limites entre a intervenção penal e a administrativa é feita de forma aleatória. De certo modo, como observa Roxin, "a ideia de subsidiariedade deixa aberta uma ampla margem de atuação para o arbítrio do legislador", posto que o princípio de subsidiariedade "é mais uma diretriz político-criminal que um mandado vinculante".[51] Cumpre reconhecer, nesse sentido, que se trata basicamente de uma decisão política a seleção, por parte do legislador penal, daquelas condutas merecedoras de pena. Todavia, quando se inverte a escala de prioridades na "redistribuição da matéria", abrindo passo a um desmedido arbítrio legislativo – em detrimento de considerações vinculadas à gravidade da conduta do ponto de vista material (desvalor ético-social ou cultural) – tem-se como consequência mais notória a hipertrofia do ordenamento penal ambiental. O que contrasta claramente com o caráter subsidiário do Direito Penal e com o princípio da intervenção mínima.

Faz-se necessário estabelecer critérios que justifiquem a tipificação penal de uma determinada conduta. E tais critérios devem indicar uma maior gravidade da conduta do ponto de vista material. Nesse particular aspecto radica a grande dificuldade dessa tarefa. Se o injusto penal ambiental é quantitativamente mais grave e, ao mesmo tempo, se trata de um *ilícito qualificado*, urge determinar quais são esses elementos que o qualificam como tal. E, dessa forma, delimitar o *ius puniendi* estatal. Sempre, porém, será possível que o legislador penal se deixe conduzir por critérios de ordem político-criminal, vinculados à necessidade de pena, no momento de proceder à tipificação das condutas potencialmente lesivas ao ambiente. Mas é aconselhável que seu ponto de partida seja a constatação da maior gravidade da conduta do ponto de vista material, e que apenas de forma secundária avalie a oportunidade e conveniência da intervenção jurídico-penal.[52] Nessa linha, quando a maior gravidade da conduta – sob a perspectiva material – indicar a necessidade de sua transformação em delito, pode ocorrer a revogação da infração administrativa. Todavia, isso raramente ocorre. O mais comum é que se constate a descrição simultânea de uma mesma conduta como infração administrativa e como delito. Se esse proceder implica ou não em infração ao princípio *non bis in idem*, essa é outra questão, que merece análise específica.

---

51. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 67, § 2.°, n. 31.

52. Vide CEREZO MIR, José. *Curso de derecho*... cit., p. 52.

Por ora, importa defender aqui que a delimitação da intervenção penal deve considerar, em primeiro lugar, a *maior gravidade das infrações do ponto de vista material*. Determinar quando uma infração é, de fato, portadora de uma maior gravidade material, capaz de justificar a imposição de sanções quantitativamente mais gravosas, implica na fixação de certas pautas, que orientem a seleção das formas de agressão mais severas ao bem jurídico ambiente.

Nessa perspectiva, defende-se a introdução de *elementos qualificadores*, que funcionariam como limites entre o injusto penal e o injusto administrativo quando estes se ocuparem de modalidades similares de uma mesma conduta. Aqueles elementos podem indicar uma maior magnitude do injusto, da culpabilidade do sujeito ou mesmo obedecer a considerações de política criminal. A inserção desses elementos na descrição das condutas típicas contribuiria para a reafirmação da autonomia valorativa do Direito Penal em relação ao Direito Administrativo e justificaria uma reação punitiva quantitativamente mais gravosa.[53]

Posto que o Direito Penal Ambiental apresenta um inequívoco caráter fragmentário, certos dados concretos poderiam contribuir para indicar a maior gravidade da infração. Em não havendo revogação da infração administrativa, a conversão desta última em delito dependeria do acréscimo de determinados elementos, hábeis a traçar uma fronteira entre a esfera do ilícito administrativo e aquela própria do ilícito penal. O ilícito penal deve apresentar um conteúdo próprio, de indique a maior gravidade material da conduta em relação à correspondente infração administrativa. A conduta elevada à categoria de ilícito penal deve, portanto, ser mais grave do que aquela vedada pelo Direito Administrativo sancionador.

Sugerem-se, como elementos qualificadores, a introdução de referências à magnitude e à extensão dos danos ambientais causados, ao modo de execução e aos instrumentos empregados na realização de condutas lesivas ou potencialmente lesivas ao meio ambiente, à infração de normativa administrativa fixadora dos níveis de poluição toleráveis ou à desobediência de atos administrativos concretos (falta de autorização ou licença para o início ou o desenvolvimento da atividade, por exemplo) e, algumas vezes, são levadas em consideração, como elementos delimitadores da intervenção penal, determinadas circunstâncias de tempo e lugar da conduta praticada. Mais polêmicos são aqueles elementos qualificadores relacionados à reincidência, à habitualidade, à clandestinidade, ao ânimo de lucro e ao perigo inerente à conduta ou

53. Nesse sentido, ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. Op. cit., p. 55 e ss.

produzido por ela, usados por algumas legislações no momento de proceder à delimitação entre infrações administrativas e penais.

O importante, em todo caso, é o respeito irrestrito às exigências dos princípios da legalidade e de culpabilidade quando do emprego de elementos qualificadores. Logo, devem ser rechaçados os elementos ou circunstâncias que só possam ser conhecidos *ex post*, diante da exigência de que o resultado de lesão produzido seja ao menos culposamente imputado ao sujeito.

Pois bem, a nota comum à maior parte dos elementos qualificadores é a indicação da presença de um maior desvalor da conduta incriminada. O que, de certa forma, contribui para a afirmação da autonomia valorativa do Direito Penal Ambiental em relação ao Direito Administrativo sancionador. Os elementos qualificadores delimitam a intervenção penal e, ao mesmo tempo, fundamentam o injusto penal *específico* de uma determinada figura delitiva. Pertencem, portanto, ao tipo penal. Se as categorias da antijuridicidade e da culpabilidade não permitem aferir uma maior gravidade material da conduta, o tipo de injusto sim "é a categoria conceitual formal mediante a qual se atribui a um fato determinado um valor especificamente jurídico-penal, e que permite diferenciá-lo de outros fatos frente aos quais não se reage com uma sanção jurídico-penal, mas que também devem passar pelos filtros da antijuridicidade e da culpabilidade para que possa ficar fundamentada e ser legítima a imposição da consequência jurídica extrapenal prevista pela correspondente regulação jurídica, por exemplo, uma consequência sancionadora do Direito administrativo ou do Direito disciplinar".[54] Noutro dizer, é o *fato* em si, valorado como antijurídico e pelo qual seu autor pode ser reprovado como culpável o elemento propriamente específico do Direito Penal, e que oferece um fundamento também específico para a correspondente sanção penal.[55] Logo, caberá ao tipo penal atribuir a esse fato um significado próprio, extraindo da realidade determinados dados ou circunstâncias que permitam valorá-lo como particularmente grave e, por essa razão, merecedor do atributo da tipicidade penal.

É preciso refletir sobre a advertência de Roxin, que observa que "há um limite a partir do qual a quantidade se transforma em qualidade".[56] Pois bem, esses elementos extraídos do fato em si e que revelam sua maior gravidade material fundamentam o injusto específico de uma determinada figura delitiva. E, simultaneamente, funcionam como limites à intervenção administrativa.

---

54. GRACIA MARTÍN, Luís. *Fundamentos de dogmática penal*... cit., p. 67-68.

55. Idem, p. 67.

56. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 72, § 2.°, n. 41.

Todavia, os elementos qualificadores do injusto penal não o convertem em um injusto diferente do administrativo do ponto de vista qualitativo. O mesmo fato objeto de valoração por parte do legislador penal fornecerá o substrato material sobre o qual incidirá a valoração administrativa. As diferenças podem ser valorativas,[57] mas não deixam de apresentar caráter quantitativo.[58] E a valoração feita pelo legislador penal pode e deve levar em consideração a regulamentação de natureza administrativa, incorporando no âmbito do tipo objetivo – como já examinado – elementos normativos que remetam a atos individuais ou à normativa extrapenal orientada à proteção ambiental. O que se destaca aqui, porém, é precisamente a necessidade de se introduzir na esfera do tipo determinados elementos que fundamentem uma maior gravidade da sanção e que indiquem ser o fato portador de uma magnitude tal que mereça o atributo da tipicidade penal. Evita-se, assim, que a descrição típica – fruto da valoração realizada pelo legislador penal – coincida exatamente com a valoração efetuada pela legislação administrativa. Em resumo, são elementos que corroboram a autonomia valorativa do Direito Penal em relação ao Direito Administrativo sancionador.[59] Entretanto, essa distinção valorativa continua a ser uma diferença de grau (quantitativa), mas não de essência (qualitativa).

Esses elementos, selecionados pelo legislador penal e introduzidos na esfera do injusto penal, outorgam-lhe um conteúdo específico e fundamentam uma resposta sancionatória mais grave. Quando se perfilha um modelo de *acessoriedade relativa*, o ilícito administrativo, ainda que parte integrante do tipo penal, não deve esgotar o conteúdo de injusto da conduta delitiva. A infração da normativa administrativa é condição necessária, mas não suficiente, para determinar a ilicitude penal, de modo que "a intervenção penal estará, pois, indicada quando entre em jogo um desvalor da ação ou do resultado, adicionais e qualificados, isto é, que ultrapassem o mero ilícito administrativo".[60] Faz-se necessária, portanto, a presença, como elemento objetivo do tipo, de uma lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico ambiente – ou a bens jurídicos individuais ou coletivos (como a integridade física ou a saúde pública, por exemplo)

57. Como defende, por exemplo, TORÍO LÓPEZ, Ángel. Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones). *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991. p. 2536 e ss.

58. Cf. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho...* cit., p. 52, nota 49.

59. Assim, por exemplo, ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. Op. cit., p. 230.

60. GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis. Op. cit., p. 121.

– que indiquem a maior gravidade da conduta penalmente sancionada. Nesse sentido, afirma-se que "a existência de um delito depende sempre de um *plus* de desvalor adicional, não contemplado pelo Direito administrativo, e que se concretiza no perigo potencial para o equilíbrio dos sistemas naturais, o que, por sua vez, vincula-se a que a conduta poluidora (a geradora de tal perigo) constitua em si mesma uma infração da normativa protetora do ambiente".[61] Quando assim for, a intervenção penal não funcionará como um mero reforço da sanção administrativa, posto que o ilícito penal não se limitará, por exemplo, a prescrever a observância da normativa administrativa de caráter geral.

E isso é precisamente o que ocorre quando o tipo penal se orienta à proteção das funções específicas da Administração Ambiental. Se, por um lado, esse proceder deve motivar uma reflexão – necessária – acerca do caráter meramente secundário ou sancionatório do Direito Penal Ambiental, por outro lado dá margem a importantes questionamentos sobre qual o bem jurídico tutelado por tais tipos penais. É o que ocorre com o art. 69 da Lei 9.605/1998, ao tipificar as condutas de "obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais".

O certo é que o ilícito penal adquire feições distintas das infrações administrativas ambientais – igualmente destinadas à proteção do bem jurídico ambiente – quando os tipos penais incorporam elementos qualificadores. Os tipos de injusto em matéria ambiental devem apresentar contornos próprios e um *plus* de desvalor da ação ou de desvalor do resultado que complementam e qualificam o ilícito administrativo.[62] É o que ocorre, por exemplo, com o art. 54, § 2.º, II, da Lei 9.605/1998, que ao sancionar a poluição atmosférica que "(...) provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população" incorpora determinado elemento – a exigência de danos diretos à saúde da população – que reforça a autonomia valorativa do Direito Penal do Ambiente. E isso porque o art. 62, II, do Dec. 6.514/2008, não exige o resultado de lesão à saúde da população. O tipo penal ambiental apresenta, portanto, um maior conteúdo de injusto e, precisamente em razão da maior gravidade material da conduta, justifica-se a intervenção jurídico-penal. O elemento que indica um maior

61. PRATS CANUT, Josep Miquel; MARQUÉS I BANQUÉ, Maria; MORÁN MORA, Carolina. Derecho penal ambiental y derecho comunitario. La Directiva IP. *Revista Aranzadi de Derecho y Processo Penal*. Monografía, n. 7, p. 83.

62. Nesse sentido, entre outros, DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Op. cit., p. 74; PRATS CANUT, Josep Miquel; MARQUÉS I BANQUÉ, Maria; MORÁN MORA, Carolina. Op. cit., p. 82-83.

desvalor do resultado se encarrega de conferir ao injusto penal ambiental um conteúdo específico.

Com relação aos tipos penais elencados na Seção III (Da poluição e outros crimes ambientais), o legislador instituiu determinadas causas de aumento de pena aplicáveis a todos os crimes dolosos, desde que o fato não configure crime mais grave (art. 58, parágrafo único, Lei 9.605/1998). Assim, nos delitos dolosos previstos na Seção III (Da poluição e outros crimes ambientais), as penas serão aumentadas: "I – de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se resulta dano irreversível à flora ou ao meio ambiente em geral; II – de 1/3 (um terço) até a 1/2 (metade), se resulta lesão corporal de natureza grave em outrem; III – até o dobro, se resultar a morte de outrem". Tais causas de aumento de pena se fundamentam na maior magnitude do injusto e, de certa forma, procuram conferir aos ilícitos penais em apreço um conteúdo de injusto próprio e distinto das correspondentes infrações administrativas. Incorporam um desvalor do resultado adicional, que sinaliza a maior periculosidade das condutas realizadas.

7. CONCLUSÃO

A grande maioria dos tipos penais ambientais da Lei 9.605/1998 coincide com as infrações administrativas constantes do Dec. 6.514/2008. Se, porém, o Direito Penal Ambiental deve ser a *ultima ratio legis* e selecionar tão somente as agressões mais graves ao ambiente, em razão de seu caráter fragmentário, é oportuno questionar até que ponto essa total equiparação não seria um sintoma de uma intervenção penal puramente simbólica. Conforme já salientado, o injusto penal deve revestir-se de maior gravidade material e, nesse sentido, a exigência de que a conduta seja portadora de uma maior periculosidade ou de que o perigo concreto ou o dano ambiental figurem como resultados indicaria, respectivamente, a presença de um maior desvalor da ação ou de um maior desvalor do resultado. Em síntese, ter-se-ia um injusto penal ambiental efetivamente mais grave.

Assim, por exemplo, se a infração administrativa consiste em "produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou em seus regulamentos" (art. 64, Dec. 6.514/2008), o delito não deve coincidir totalmente com o disposto na esfera administrativa. A fim de se observar o princípio da intervenção mínima, o legislador penal pode exigir um conteúdo de injusto adicional, através da introdução do perigo concreto ou do resultado de lesão no âmbito do tipo objetivo.

Poderia, nesse sentido, incorporar as causas de aumento de pena do art. 58 como elementos do tipo objetivo. Em lugar de um delito de perigo abstrato-concreto, poderia ter configurado o tipo como um delito de perigo concreto ou de lesão.[63]

Há tipos penais ambientais que figuram como um mero reforço da disciplina administrativa, sem que se possa vislumbrar no injusto penal um conteúdo de injusto próprio. Mesmo nas hipóteses de acessoriedade relativa, é possível afirmar que o reenvio ao ato administrativo não consegue, em determinadas hipóteses, conferir um desvalor da ação adicional capaz de fundamentar a necessidade da intervenção penal. Principalmente quando já existem infrações administrativas idênticas e a quando a conduta não é portadora de qualquer periculosidade. Algumas dessas infrações penais importam a tipificação de meros atos preparatórios, elevados à categoria de delitos autônomos. A intervenção penal se revela, nesses casos, excessiva e desnecessária. Teria sido preferível que essas condutas figurassem apenas como meros ilícitos administrativos. É o que ocorre, por exemplo, com os delitos constantes dos arts. 51 e 52 da Lei 9.605/1998: "Comercializar motosserra (...) sem licença ou registro da autoridade competente" (art. 51) e o ato de "penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente" (art. 52) são delitos de perigo abstrato nos quais o reenvio típico ao ato administrativo não logra conferir às condutas qualquer conteúdo de injusto específico.

Se o tipo de injusto reúne "os elementos que fundamentam o injusto específico de uma figura delitiva",[64] é importante que a conduta essencialmente desvalorada esteja descrita pela norma penal ambiental. O reenvio típico ao ato administrativo ou à normativa administrativa representa apenas um elemento normativo do tipo objetivo que participa da fundamentação o injusto específico. A adoção de um modelo de acessoriedade limitada não significa, portanto, que a remissão típica de ato ou de direito esteja excluída da fundamentação do ilícito. A questão é que o núcleo essencial da matéria de proibição não pode deixar de pertencer ao tipo penal. A remissão direta a um ato

63. Recomenda-se, nessa linha, que "o passo de uma infração administrativa ao delito deve se basear em diferenças quantitativas entre uma e outra, essencialmente na produção de um dano ou na criação de um grave e concreto perigo, condições que determinarão a existência do delito" (PRATS CANUT, Josep Miquel; MARQUÉS I BANQUÉ, Maria; MORÁN MORA, Carolina. Op. cit., p. 82).

64. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho*... cit., p. 189.

administrativo individual ou à normativa administrativa deve constituir um complemento indispensável – ainda que não essencial – que gravita em torno da conduta proibida, mas que de forma alguma constitui a essência da proibição. O reenvio à normativa extrapenal pode delimitar o âmbito do ilícito penal, sobretudo quando a referida remissão se mostra "obrigatória por razão da matéria e do bem jurídico protegido, pois de outro modo a tipificação requereria um excessivo casuísmo, impossível de assumir".[65] O princípio da legalidade impõe, porém, que o núcleo da proibição se encontre na norma penal e que o reenvio normativo colabore no sentido de precisar a conduta incriminada, de modo a satisfazer a exigência constitucional de certeza e taxatividade dos tipos penais. Entretanto, sempre que a determinação do próprio núcleo da matéria de proibição for feita pela normativa administrativa, tem-se clara violação do princípio da legalidade.

Por um lado, o que se constata ao examinar a legislação penal ambiental brasileira é a frequente sobreposição do desvalor da norma administrativa ao desvalor da norma penal, o que pode conduzir a um *bis in idem*. Por outro lado, a quase ausência de elementos qualificadores impede que os ilícitos penais ambientais apresentem um conteúdo de injusto específico e, portanto, mais grave que os ilícitos administrativos. Na verdade, o que sim se verifica é que a essência do desvalor da ação se resume à infração do ato administrativo individual ou da normativa administrativa, o que significa que mais que cofundamentar o injusto penal ambiental, o elemento normativo esgota ou resume a totalidade do conteúdo da matéria de proibição.

Nessa perspectiva, a configuração de alguns tipos penais como de perigo abstrato e o recurso à acessoriedade administrativa, sem o acréscimo de qualquer elemento qualificante, conduz à total equiparação do ilícito penal ao correspondente administrativo. É o que ocorre com o art. 34 da Lei 9.605/1998 ("pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente"), que não apresenta qualquer conteúdo de injusto penal específico. O núcleo central da proibição não é descrito pela hipótese legal. Não se proíbe *pescar*, mas fazê-lo em período ou local proibido pela normativa administrativa. Cabe, portanto, a esta última determinar a matéria de proibição. O reenvio à normativa administrativa deixa de ser apenas um complemento indispensável da conduta proibida e se converte na própria matéria de proibição. Em hipóteses como esta, cabe perguntar: faz-se, então, realmente necessária a intervenção penal?

65. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. *Los delitos urbanísticos*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 194.

Quando o tipo penal não conta com qualquer elemento que indique a autonomia valorativa do Direito Penal Ambiental e que, ao mesmo tempo, contribua para incrementar o conteúdo de injusto específico, tem-se uma violação do princípio da intervenção mínima. Outrossim, a tipificação penal de condutas não amparadas por um ato administrativo ou pela normativa correspondente infringe o princípio da legalidade, uma vez que é a própria remissão normativa o autêntico núcleo da proibição penal. Se a atuação sem autorização ou licença já configura um ilícito administrativo, deve-se prescindir de sua previsão como delito, a menos que seja possível identificar um conteúdo material de injusto que fundamentasse a maior gravidade da reação jurídico-penal e legitimasse sua intervenção.

Quando o legislador, na descrição da conduta típica, faz referência, por exemplo, ao modo de execução e aos instrumentos empregados na realização da conduta, permite que o reenvio à normativa administrativa seja tão somente um complemento – necessário, mas não essencial – do núcleo da proibição. Assim, no art. 35 da Lei 9.605/1998, ao vedar a pesca "mediante a utilização de: I – explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante; II – substâncias tóxicas, *ou outro meio proibido pela autoridade competente*". A referência a determinadas circunstâncias de tempo e lugar da conduta praticada também pode contribuir para precisar a conduta proibida, como ocorre no art. 33, parágrafo único, III, da Lei 9.605/1998, que sanciona o lançamento "de detritos de qualquer natureza sobre bancos de moluscos ou corais, *devidamente demarcados em carta náutica*". Mas tais elementos não devem, nunca, resumir a essência da proibição.

Em síntese, a defesa da expansão do Direito Penal a novos âmbitos de tutela – como a proteção do meio ambiente – não deve ser vista como sinônimo da flexibilização de garantias e princípios penais e processuais penais. Para tanto, é importante que na construção dos tipos penais ambientais se observe o caráter subsidiário da intervenção do Direito Penal, através da seleção das condutas que mais gravemente afetem o ambiente como bem jurídico autônomo. Rechaça-se, aqui, o modelo da acessoriedade administrativa absoluta, dado que esta significa uma clara opção por um Direito Penal Ambiental simbólico. Todavia, a aceitação da acessoriedade administrativa relativa não significa que o Direito Penal do Ambiente não possa – e deva – desempenhar, em certos casos, uma função valorativa e não apenas sancionatória. Assim, se, por um lado, os ilícitos penais ambientais nos quais se constata uma acessoriedade administrativa absoluta deveriam ser transformados em ilícitos administrativos – ou permanecer somente no âmbito sancionador do Direito Administrativo –, por outro lado, os ilícitos penais nos quais se verifica a ausência de reenvio norma-

tivo no âmbito do tipo poderiam merecer tão somente a intervenção penal. Em um domínio intermédio, determinados ilícitos penais ambientais poderiam optar pela acessoriedade administrativa relativa – expressa ou implícita – e encontrar correspondência no plano sancionador do Direito Administrativo. Todavia, nesses casos, seria conveniente que o injusto penal apresentasse um *plus* de desvalor que indicasse a maior gravidade deste e, consequentemente, justificasse a cominação de sanção quantitativamente mais gravosa.

8. BIBLIOGRAFIA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco. *Actualidad Penal*. n. 23. p. 449-455. Madrid: Actualidad Editorial, 1994.

BAJNO, Ricardo. La tutela dell'ambiente nel diritto penale. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*. n. 1. p. 353. Padova: Cedam, 1990.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. *Los delitos urbanísticos*. Barcelona: Atelier, 2007.

BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. *Novissimo Digesto italiano*. Torino: Utet, 1973. t. XIX.

CANTARERO BANDRÉS, Rocío. El delito ecológico: análisis del actual tipo penal y sus antecedentes. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan (org.). *El delito ecológico*. Madrid: Trotta, 1992.

CARVALHO, Érika Mendes de. Breves considerações sobre os limites constitucionais às remissões normativas em matéria penal ambiental. In: CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe (coords.). *Constituição e processo. A resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. Belo Horizonte: Del Rey/Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009.

CASABÓ RUIZ, José Ramón. La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente. *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 1982. t. V.

CATENACCI, Mauro; HEINE, Günther. La tensione tra diritto penale e diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell'ambiente. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*. n. 4. p. 921. Padova: Cedam, 1990.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español. Parte general*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2000. t. I.

_____. Las leyes penales en blanco en la protección del medio ambiente. *Obras completas. Derecho penal. Otros estudios*. Lima: Ara, 2006. t. II.

_____. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 2. p. 27. São Paulo: Ed. RT, 1993.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – Efetividade – Tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. Barcelona: Cedecs, 1996.

ENSENBACH, Hans-Peter. *Probleme der Verwaltungsakzessorietät im Umweltstrafrecht*. Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris: Peter Lang, 1989.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. *El medio ambiente en la crisis del Estado social: su protección penal simbólica*. Granada: Comares, 2006.

ESER, Albin. Derecho ecológico. Trad. José Luis de la Cuesta Arzamendi e Antonio Sanz Morán. *Revista de Derecho Público*. n. 100-101. vol. III-IV. p. 603-652. Madrid: Edersa, 1985.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal*. São Paulo: IBCCrim, 2008.

FRISCH, Wolfgang. *Verwaltugsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 1993.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal. *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 1993. t. XVI.

GOMES, Luís Roberto. Acessoriedade administrativa nos delitos de pesca. *Revista de Ciências Penais*. vol. 13. p. 194. São Paulo: Ed. RT, 2010.

_____. Crimes de pesca no direito brasileiro: aspectos fundamentais da proteção penal de peixes, crustáceos e moluscos. *Revista de Ciências Penais*. vol. 9. p. 222. São Paulo: Ed. RT, 2008.

GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis. Sobre la accesoriedad del derecho penal en la protección del ambiente. *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 1991. t. XIV.

GRACIA MARTÍN, Luís. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

_____. *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 58. p. 152. São Paulo: Ed. RT, 2006.

HEINE, Günter. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. Trad. Paz María De La Cuesta Aguado. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. fasc. I. p. 289. Madrid: Ministerio de Justicia/Boletín Oficial del Estado, 1993. t. XLVI.

_____. Derecho penal del medio ambiente. Especial referencia al derecho penal alemán. *Cuadernos de Política Criminal*. n. 61. p. 51. Madrid: Edersa, 1997.

MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *Derecho penal del medio ambiente*. Madrid: Iustel, 2008.

MESTRE DELGADO, Esteban. Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. fasc. II. t. XLI. p. 503. Madrid: Ministerio de Justicia/Boletín Oficial del Estado, 1988.

MORALES PRATS, Fermín. La técnica de la ley penal en blanco y el papel de la legislación de las comunidades autónomas en el delito ambiental. *Estudios jurídicos en memoria de Luis Mateos Rodríguez*. Santander: Universidad de Cantabria, 1993.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

PRATS CANUT, Josep Miquel; MARQUÉS I BANQUÉ, Maria; MORÁN MORA, Carolina. Derecho penal ambiental y derecho comunitario. La Directiva IP. *Revista Aranzadi de Derecho y Processo Penal*. Monografía. n. 7. p. 69. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

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

ROMEO CASABONA, Carlos María et alii. *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. Granada: Comares, 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. I*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et alii. Madrid: Civitas, 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente. In: _____. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SERRANO TÁRRAGA, María Dolores; SERRANO MAÍLLO, Alfonso; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Tutela penal ambiental*. Madrid: Dykinson, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Competencia 'indirecta' de las comunidades autónomas en materia de derecho penal? *Revista Jurídica Española*. vol. I. p. 964. Madrid: La Ley, 1993.

_____. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Trad. Luis Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2011.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa. *El delito ecológico*. Madrid: Trotta, 1992.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones). *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental, de José Danilo Tavares Lobato – *RBCCrim* 83/120;
- Compreendendo o papel do direito penal na defesa do meio ambiente, de Alex Fernandes Santiago – *RDA* 61/77;
- Introdução ao estudo das infrações administrativas ambientais, de Nicolao Dino Neto – *RDA* 62/169;
- Meio ambiente e direito penal brasileiro, de Miguel Reale Júnior – *RCP* 2/67; e
- O mito da responsabilidade objetiva no direito ambiental sancionador: imprescindibilidade da culpa nas infrações ambientais, de Eduardo Fortunato Bim – *RDA* 57/33.

56493

1 LOS PRIMEROS CASOS A NIVEL INTERNACIONAL DE APLICACIÓN AUTÓNOMA DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE PODER

Los casos contra Omar Al Bashir, Muammar Gaddafi y Abdullah Al-Senussi

HÉCTOR OLÁSOLO ALONSO

Catedrático de Derecho Penal y Procesal Internacional, Universidad de Utrecht (Holanda). Director de la Clínica Jurídica sobre Conflicto Armado, Derechos Humanos y Justicia Internacional, Universidad de Utrecht (Holanda). Presidente del Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Internacional

RESUMEN: El concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder ha sido aplicado como parte de la noción más amplia de coautoría mediata desde el año 2003 por varios tribunales internacionales, incluyendo el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, la Corte Especial para Sierra Leona y la Corte Penal Internacional. Sin embargo, solo en los casos contra *Omar al Bashir*, *Muammar Gaddafi* y *Abdullah Al-Senussi* ha sido aplicado de forma autónoma, debido, en gran medida, a la dificultad de aplicar este concepto a grupos armadas organizados de oposición en los que normalmente existen varias facciones, y a los problemas para demostrar la concentración

ABSTRACT: Indirect perpetration through organised structures of power has been applied as part of the notion of indirect co-perpetration by several international tribunals since 2003, including the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda, the Special Court for Sierra Leone and the International Criminal Court. Nevertheless, it has been applied by itself autonomously only in the cases against *Omar al Bashir*, *Muammar Gaddafi* and *Abdullah al-Senussi*. To an important extent, this is due to the difficulties posed by the application of this concept to organised armed groups comprised of different factions, as well as to the problems encountered in showing that one man posseses

en una sóla persona del grado de control necesario sobre las distintas ramas del aparato de poder estatal que actúan coordinadamente en la comisión de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. A pesar de ello, la jurisprudencia internacional nos muestra como la autoría mediata, ya sea de manera autónoma en los limitados supuestos en que esto sea posible, ya sea como regla general como parte de la coautoría mediata, se ha convertido hoy en día en una auténtica opción para reflejar la responsabilidad penal de los altos dirigentes y de los superiores intermedios por su contribución en la comisión de delitos internacionales.

PALABRAS CLAVE: Autoría mediata - Responsabilidad penal - Corte Penal Internacional - Bashir - Gaddafi.

the necessary degree of control ovar the several branches of the state *apparatus* that participate in the comission of genocide, crimes against humanity and war crimes. In spite of this, the case law of international courts and tribunals shows that indirect perpetration through organised structures of power, whether applied autonomously in those limited cases in which this is possible or, as a general rule, as part of the broader notion of indirect co-perpetration, has become today a serious option for senior leaders and intermediate superiors to answer for their contribution to international crimes.

KEYWORDS: Indirect perpetration - Criminal liability - International Criminal Court - Bashir - Gaddafi.

SUMMARY: 1. Introducción - 2. Criterios que justifican el automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la organización - 3. El grado de control de la organización requerido - 4. El caso contra Thomas Lubanga Dyilo ante la CPI: los problemas relativos al control de los grupos armados organizados - 5. El caso Omar Al Bashir: ¿autoría o coautoría mediata? - 6. El caso contra Muammar Gaddafi y su hijo Saif Al-Islam Gaddafi: ¿autoría o coautoría mediata?: 6.1 Introducción al caso: imputación de Muammar Gaddafi como autor mediato y de Saif al Islam y Abdullah Al-Senussi como coautores mediatos; 6.2 Dificultad en la aplicación de la autoría mediata a Muammar Gaddafi por no reunir un suficiente grado de control sobre el aparato de poder del Estado Libio - 7. El caso contra el Jefe de la Inteligencia Militar de Libia Abdullah Al-Senussi: autoría mediata de los comandantes militares intermedios: 7.1 Superiores intermedios; 7.2 Responsabilidad del Jefe de la Inteligencia Militar Libia Abdullah Al-Senussi como autor mediato - 8. Conclusiones - 9. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando los delitos se cometen a través de estructuras organizadas de poder (como el ejército, o grupos armados de oposición jerárquicamente organizados), la decisión de cometerlos es normalmente adoptada por sus dirigentes, quienes se encuentran ubicados lejos de la escena del crimen.[1] Esto complica la investigación e identificación de los principales protagonistas

1. K. Ambos. *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 12.

del delito puesto que quienes finalmente realizan su elementos objetivos no participan en la decisión inicial de cometerlo, ni en la planificación y preparación de su ejecución que se lleva a cabo en los diferentes niveles de la estructura organizada de poder. De hecho, ellos simplemente reciben la "orden" de ejecutar delito de una manera determinada.[2]

En este tipo de casos, los auténticos protagonistas principales de los delitos son los dirigentes que planean su comisión, dirigen las estructuras organizadas de poder que controlan para que se ejecuten los mismos, y supervisan cómo los superiores de nivel medio definen con mayor detalle el plan criminal por ellos orquestado, y cómo los miembros de menor rango de la organización lo ejecutan, realizado así físicamente los elementos objetivos de los delitos.[3]

Surge, por tanto, la cuestión de si dichos dirigentes son responsables principales de los delitos a título de autores o si sólo pueden ser considerados como responsables accesorios como partícipes en los delitos cometidos por sus subordinados, quienes a su vez son plenamente responsables por los delitos que cometen de propia mano. En este contexto el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, propuesto inicialmente por Roxin en 1963, cuestionó seriamente los intentos por considerar como meros partícipes en los delitos cometidos durante la ejecución de la llamada Solución Final a los dirigentes políticos y militares nazis, así como a los mandos medios.

Sin embargo, en un principio, este concepto fue recibido con escepticismo y rechazo tanto a nivel nacional como a nivel internacional debido a tres razones principales.

En primer lugar, la ausencia de toda referencia a dicho concepto en la legislación nacional o internacional de la época.[4] En segundo lugar, la creencia tradicional de que cuando los subordinados que cometían materialmente el delito eran plenamente responsables no cabía la aplicación de la autoría mediata

2. Véase C. Roxin. *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg: Cram, 1963. p. 247 [en adelante: Roxin].

3. F. Muñoz Conde, ¿Cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista de Derecho Penal* 9/62.

4. La ausencia de una referencia específica a la idea de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en aquellos pocos Códigos Penales nacionales de América-Latina que expresamente preveían el concepto general de autoría mediata fue una de las principales razones de su inicial rechazo en estos países, en los que a partir del proceso a las Juntas Militares Argentinas de 1985 ha sido progresivamente aplicada con mayor asiduidad.

porque se consideraba que los superiores carecían del dominio del hecho al no poder estar seguros sobre si sus decisiones serían realmente cumplidas por sus subordinados –utilizándose usualmente formas de responsabilidad accesorias como la instigación, el inducir o el ordenar debido a que los superiores que dan las órdenes, una vez que han convencido a sus subordinados de cometer los delitos, no tienen ninguna participación más durante la ejecución.[5] En tercer lugar, el hecho de que la aplicación de la autoría mediata no tuviera necesariamente un impacto en la pena impuesta a los dirigentes incluso en aquellos sistemas pertenecientes a la tradición Romano-Germánica, como el español o los latino-americanos, en los que el principio de atenuación de la pena para los partícipes constituye una razón importante para distinguir entre autores y partícipes.[6]

Ha sido necesario el paso del tiempo para que jurisprudencia nacional comparada primero, e internacional después, haya acogido paulatinamente en la últimas dos décadas la concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder para reflejar de manera más precisa la responsabilidad penal de los dirigente políticos y militares. Así, a nivel internacional, la primera aplicación de este concepto tuvo lugar en la sentencia de 31.07.2003 de la SPI II del TPIY en el caso contra *Milomir Stakic* –ex alcalde de la ciudad de Prijedor (Bosnia y Herzegovina) que se encuentra situada a pocos kilómetros del tristemente conocido centro de detención de Omarska.[7] Desde entonces, esta modalidad de autoría mediata ha sido aplicada por varios tribunales internacionales, incluyendo entre otros los casos ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ("TPIY") contra *Milomir Stakic*, *Radoslav Brdanin*, *Momcilo Krajisnik*, *Milan Martic, Vlastimir Dordevic, y Ante Gotovina,*

5. F. Muñoz Conde y H. Olásolo. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes colombianos vinculados al paramilitarismo. *Revista Penal*. vol. 1 [en adelante: Muñoz Conde y Olásolo].

6. Por ejemplo, en la mayoría de los códigos penales latino-americanos (tales como en Argentina, Chile, Perú, Colombia o Uruguay), así como en el código penal español, se atribuye la misma pena a la autoría que a la instigación o a la contribución necesaria. Ver a este respecto F. Muñoz Conde y H. Olásolo. The application of the notion of indirect perpetration through organised structures of power in Latin America and Spain. *Journal of International Criminal Justice*. vol. 9, n. 1 [en adelante: Muñoz Conde y Olásolo, Indirect Perpetration].

7. *Prosecutor* vs. *Stakic*, Judgment, Case n. ICTY-97-24-T, de 31.07.2003, párrafos 808-816.

el caso ante el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ("TPIR"), el caso ante la Corte Especial de Sierra Leona ("CESL") contra *Isaa Hassan Sesay, Morris Kallon*, y *Augustine Gbao* (conocido como caso RUF), y los casos ante la Corte Penal Internacional ("Corte") contra *Jean Pierre Bemba, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui, Omar Al Bashir, Abu Garda, Muammar Gaddafi, Saif Al Islam Gaddafi, Abdullah Al-Senussi, Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta, William Samoei Ruto y Henry Kiprono Kosgey.*

Sin embargo, de todos los casos arriba mencionados ante tribunales internacionales, sólo en los casos contra *Omar al Bashir* y *Abdullah Al-Senussi* el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder ha sido aplicado de forma autónoma. En el primer caso, su aplicación autónoma se debe a que, según la Sala de Cuestiones Preliminares ("SCP") I de la Corte, *Omar al Bashir* es un dirigente con un grado de control tan alto sobre el aparato de poder del Estado de Sudán, que saliéndose de forma excepcional de lo que es habitual, existen indicios de que puede haber concentrado en su persona el control sobre el conjunto del mismo, lo que habría utilizado para hacer cometer los delitos. Por su parte, el caso contra *Abdullah Al-Senussi* (jefe de la inteligencia militar del Estado libio pertenece a un segundo grupo de casos, en los que también cabe la aplicación de esta variante de la autoría mediata de forma autónoma porque los mismos se dirigen contra los jefes de unidades concretas por los delitos cometidos exclusivamente por los miembros integrantes de dichas unidades.[8]

El resto de casos arriba mencionados tienen en común que se refieren a situaciones en las que varios dirigentes políticos y/o militares, que dirigen distintas organizaciones (o partes de las mismas), las utilizan para ejecutar de manera coordinada un plan criminal común. En consecuencia, en los mismos el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder no puede ser aplicado autónomamente, sino que es aplicado en combinación con el concepto de coautoría, dando lugar al concepto de "coautoría mediata", que la SCP I ha aceptado repetidamente como una cuarta manifestación del concepto del dominio del hecho, tal y como se recoge en la Primera Decisión de Orden de Arresto contra *Omar al Bashir* de 04 de julio de 2009:

"(...) la Sala subraya que, en los casos Lubanga y Katanga y Ngudjolo, la Sala ha sostenido que el artículo 25 (3)(a) del Estatuto acoge el concepto de

8. *Prosecutor* vs. *Gaddafi et al Case*, Decision on the "Prosecutor's application pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi", Situation in the Lybian Arab Jamahiriya, ICC-01/11-12, de 27.06.2011, párrafos 89, 90 [Decisión de Orden de Arresto en el Caso Gaddafi y Al-Senussi].

dominio del hecho como criterio determinante para distinguir entre la autoría y la participación. Además, como la Sala ha señalado ya en tales casos, el artículo 25(3)(a) del Estatuto también adopta las siguiente cuatro manifestaciones del concepto de dominio del hecho: autoría directa, autoría mediata o a través de una tercera persona, coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho, y co-autoría mediata."[9]

Según la reciente decisión de orden de arresto dictada el 27 de junio de 2011 por la SCP I de la Corte contra *Muammar Gaddafi*, su hijo *Saif Al-Islam Gaddafi* y el jefe de la inteligencia militar de libia *Abdullah Al-Senussi*, cuando el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder es aplicado de manera autónoma, éste se encuentra compuesto de los siguientes elementos:

"(...) (a) el sospechoso debe haber tenido el control sobre la organización; (b) la organización debe consistir de una aparato de poder jerárquico y organizado; (c) la ejecución de los delitos deber ser asegurada a través del casi automático cumplimiento con las órdenes del sospechoso; (d) el sospechoso debe poseer todos los elementos subjetivos de los delitos; y (e) el sospechoso debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercitar su dominio del hecho por conducto de otro en el caso de la autoría mediata".[10]

2. CRITERIOS QUE JUSTIFICAN EL AUTOMATISMO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS ÓRDENES DENTRO DE LA ORGANIZACIÓN

El automatismo en el cumplimiento de las órdenes como consecuencia del carácter jerárquico de la organización y la fungibilidad de los miembros de la organización que actúan como autores materiales es el factor clave que sustenta el dominio del superior sobre la voluntad de sus subordinados, de manera que la voluntad dominante del superior será ejecutada en todo caso por estos últimos. Para ello, además de una estricta estructura jerárquica, se requiere que la organización sea lo suficientemente amplia como para que se pueda afirmar que sus miembros rasos tienen un carácter intercambiable de manera que si uno de ellos se niega a cumplir la orden del superior de

9. *Prosecutor* vs. *Bashir Case*, Decision on the prosecution's application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09-3, de 04.03.2009, párrafo 210 [en adelante: Primera Decisión de Orden de Arresto contra Omar al Bashir].

10. Decisión de Orden de Arresto en el Caso Gaddafi y Al-Senussi (supra n. 8), párrafo 69.

cometer el delito, otro lo sustituya automáticamente, con lo que la comisión del mismo se ve frustrada como consecuencia de la decisión del primero.[11] A este respecto, la SCP I en su decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, ha señalado lo siguiente:

"[a]demás, las características particulares del aparato organizado y jerárquico permiten al líder garantizar efectivamente la comisión de delitos. En esencia, el control del líder sobre el aparato le permite utilizar a sus subordinados como 'un mero engranaje en una máquina gigante' para producir el resultado delictivo 'automáticamente' (...) Sobre todo, esta "mecanización" procura asegurar que la ejecución exitosa del plan no se verá comprometida porque algún subordinado particular no cumpla con la orden. Cualquiera de los subordinados que no cumpla puede ser simplemente reemplazado por otro que lo hará; el ejecutor real de la orden simplemente es un individuo fungible. Como tal, la organización también debe ser suficientemente grande como para proporcionar un número suficiente de subordinados. (...) La principal característica de este tipo de organización es un mecanismo que permite a sus más altas autoridades asegurar el cumplimiento automático de sus órdenes. Por lo tanto, '[d]icha organización desarrolla concretamente una vida que es independiente de la composición variable de sus miembros. Ella funciona sin depender de la identidad individual del ejecutor, como si fuera automática'. Por lo tanto, la autoridad que emite una orden dentro de una organización tal asume un tipo de responsabilidad diferente que la de los casos ordinarios de emisión de órdenes criminales. En estos últimos casos, el artículo 25(3)(b) del Estatuto establece que un líder o comandante que ordena la comisión de un crimen puede ser considerado partícipe."[12]

El cumplimiento del requisito de la fungibilidad tal y como ha sido definido por la SCP I en el caso *Katanga* ("fungibilidad negativa simultánea") plantea problemas importantes en el caso de grupos paramilitares o de grupos armados organizados que o bien tienen un tamaño limitado, o bien actúan a través de varias unidades de tamaño medio, desplegadas en diversas áreas geográficas, y que si bien se encuentran dirigidas por un Comando Central no tienen un alto grado de comunicación y coordinación horizontal con las otras unidades del grupo desplegadas en otras áreas del país.

---

11. Idem.

12. *Katanga and Ngudjolo Case (Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges)* ICC-01/04-01/07 (de 01.10.2008), párrafos 515-517 [en adelante: confirmación de cargos en el caso *Katanga*]. Véase también Roxin (supra n. 2), p. 245.

Algunos tribunales nacionales han tratado de interpretar el criterio de la fungibilidad de un modo más amplio para trata de superar estos problemas. Así, por ejemplo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Perú, en su sentencia de 14.12.2007 en el caso contra Abimael Guzmán, máximo dirigente del grupo armado organizado Sendero Luminoso, aplicó un criterio de "fungibilidad negativa sucesiva", conforme al cual si un miembro de Sendero Luminoso no cumplía con una orden impartida por la Dirección del Comité Permanente/ Comité Central, otro miembro lo reemplazaría automáticamente en algún momento posterior para realizar ese cometido.[13] Con ello se separaba de la "fungibilidad negativa simultánea" requerida por la SCP I, conforme a la cual la negativa del miembro de la organización al que se transmite la orden de cometer el delito no perturba su ejecución puesto que puede ser inmediatamente reemplazado por otro de sus miembros.

Así mismo, la Sala Especial Penal de la Corte Suprema de Perú, en su sentencia contra el ex presidente de Perú Alberto Fujimori de 07.04.2009,[14] confirmada por la Sala Penal Transitoria Primera de la Corte Suprema de 30.12.2009,[15] aplicó el llamado criterio de la "fungibilidad positiva", conforme al cual el dirigente de la organización selecciona a un conjunto de posibles autores materiales entre los miembros más cualificados de la organización a los efectos de llevar a cabo el hecho punible, con el objeto de evitar cualquier fallo. De esta manera, aunque el grupo especial de operaciones "Colina" del Servicio de Inteligencia Nacional al que se le encargaron los delitos estaba compuesto únicamente de unos treinta miembros, esto no excluía su fungibilidad, puesto que habían sido cuidadosamente seleccionados y entrenados para realizar este tipo de actividades.[16]

Las jurisdicciones nacionales también han recurrido a criterios distintos de la fungibilidad para justificar el automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la organización. Así, por ejemplo, en el caso del *Muro de Berlín*, el Tribunal Supremo alemán aplicó la estructura de los delitos de omisión que requieren una posición de garante por parte del autor y la aplicó a la doctrina

13. Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Perú del 14.12.2007, Caso n. 5385-200.

14. Sentencia de la Sala Especial Penal de la Corte Suprema de Perú de 07.04.2009, Exp. n. AV 19-2001.

15. Sentencia de la Sala Penal Transitoria Primera de la Corte Suprema de 30.12.2009, Exp. n. AV 19-2001.

16. AMBOS, K., The Fujimori judgement. A president's responsibility for crimes against humanity as indirect perpetrator by virtue of an organized power apparatus, en *Journal of International Criminal Justice* 9/155 [en adelante: Ambos, Fujimori Judgement].

del dominio del hecho, atribuyendo así al Jefe del Estado responsabilidad penal a título de autor mediato por el incumplimiento voluntario de su deber especial de proteger a sus ciudadanos. El estado se constituye así como un garante de los derechos básicos de sus ciudadanos, y por lo tanto la atribución del daño de la víctima a los dirigentes del aparato del estado no puede ser sólo considerada desde la perspectiva de la relación entre los dirigentes y quien realiza el acto, sino también debe tener en cuenta la víctima y el deber especial del estado con respecto a sus ciudadanos, lo que provee en todos estos casos una base normativa para justificar el control sobre el acto cuando falla la base empírica en la que se justifica la fungibilidad de los miembros de la organización. Lógicamente, esto sólo es aplicable a los más altos dirigentes del estado. Además, no será de aplicación a grupos no estatales, donde no existe una relación comparable entre el grupo y las personas que le son afiliadas.[17]

Igualmente, la decisión de 13.10.2006 de la Sala Penal Nacional de Perú en el caso contra *Abimael Guzmán*, fundador y líder de la organización guerrillera maoísta Sendero Luminoso, por la masacre de 69 campesinos en la localidad de Lucanamarca acaecida el 03.04.1983.[18] En esta decisión se afirmó que en el caso de grupos armados organizados de oposición el automatismo en el cumplimiento de las órdenes no es tanto consecuencia de su carácter jerárquico y de la fungibilidad de sus miembros, sino de la actitud favorable de los ejecutores materiales de cumplir con las órdenes ilegales impartidas por sus superiores como consecuencia de su motivación política e ideológica.[19] Según la Sala, mientras la fungibilidad de los ejecutores materiales dentro de la organización sólo aumenta la probabilidad de que se termine actuando de conformidad con lo ordenado por los superiores, el dominio que pueden ejercer éstos últimos sobre grupos armados organizados de oposición como Sendero Luminoso se basa en la actitud favorable de sus miembros para el cumplimiento de sus órdenes.[20]

17. Idem, p. 156.

18. Sentencia de la Sala Penal Nacional de Perú del 13.10.2006, Caso n. 560-03.

19. La primera ocasión que en Perú se aplicó, por los tribunales de justicia, el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, tuvo lugar esta sentencia que luego fue confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema peruana en la Sentencia de la Corte Suprema de Perú del 14.12.2007, Caso n. 5385-200. Si bien la sentencia de la Corte Suprema retomó de nuevo el criterio de la fungibilidad, junto con su carácter jerárquico, como criterio rector del automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la organización.

20. Ver a este respecto, I. Meini, El caso peruano, en K. Ambos (coord.) *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente: un estudio comparado*. Bogotá: Temis, 2008. p. 144.

Sin embargo, hasta la fecha, ni la interpretación extensiva del criterio de la fungibilidad, ni la aplicación de criterio alguno distinto de la fungibilidad para justificar el automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la organización, ha sido acogido por la jurisprudencia de la Corte o de alguno de los otros tribunales penal internacionales. La única excepción aceptada hasta el momento por la Corte tiene que ver con el caso de fuerzas armadas del Estado o de grupos armados organizados de oposición que recluten menores de edad, en cuyo caso dicho automatismo puede ser el resultado de someter a los menores reclutados a un periodo de formación particularmente intenso y violento. Así, según ha afirmado la SCP I en el caso *Katanga*:

"(...) Un medio alternativo por el cual un líder asegura el cumplimiento automático mediante su control del aparato puede ser a través de regímenes intensivos, estrictos y violentos de entrenamiento. Por ejemplo, secuestrar menores y someterlos a regímenes de entrenamiento extenuantes en los que se les enseña a disparar, saquear, violar y matar puede ser un medio efectivo para garantizar el cumplimiento automático de las órdenes de los líderes de cometer tales actos."[21]

Sin embargo, en estos casos, más que ante un criterio alternativo a la fungibilidad para determinar la existencia del automatismo de la organización en el cumplimiento de las órdenes, nos encontramos ante el supuesto tradicional de autoría mediata por uso de instrumentos que no son plenamente responsables.

Junto al carácter jerárquico de la organización y a la fungibilidad de sus miembros, Roxin requiere también para la existencia del automatismo en el cumplimiento de las órdenes que la organización actúe al margen de la ley no sólo en ocasiones excepcionales.[22]

De lo contrario, muy pocas personas dentro de la organización estarían dispuestas a cumplir la orden ilícita, especialmente si se tiene en cuenta que dicha orden tendría que ser emitida y llevada a cabo evadiendo el modo regular de funcionamiento de la organización y tendría que ser cuidadosamente ocultada a los demás miembros de la misma. Así, los autores materiales tendrían

21. Confirmación de cargos en el caso *Katanga* (supra n. 12), párrafo 518.

22. Roxin (supra n. 2), p. 249 requiriendo "*rechtsgeloste Apparate*". Véase también T. Rotsch, Die Rechtsfigur des Taters hinter dem Tater bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Ubertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 495 [en adelante: Rotsch, *Die Rechtsfigur*]. Compárese con K. Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. ed. Múnich: Vahlen Franz GMBH, 2002. § 20, n. 73b [en adelante: Kühl].

que ser cuidadosamente seleccionados e individualmente incorporados al plan común, porque ellos no son reemplazables. Otros autores como Ambos o Bottke han señalado que no es tan decisivo que exista una cultura institucional de actuación al margen de la ley, como que sus dirigentes puedan controlar la misma de tal manera que sus miembros sean piezas en el engranaje de un aparato criminal sin capacidad de influir en la ejecución de sus órdenes.[23]

La Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte no ha abordado realmente esta cuestión hasta el momento, de manera que al definir los elementos de esta modalidad de autoría mediata, la Sala no exige que la organización en cuestión deba actuar al margen de la ley no sólo en situaciones excepcionales.[24]

3. EL GRADO DE CONTROL DE LA ORGANIZACIÓN REQUERIDO

Según ha subrayado la SCP I en el caso *Katanga*, el segundo elemento requiere que tanto el dirigente como los autores materiales subordinados

23. Ambos, K., The Fujimori judgement... cit., p. 137-158, p. 154. S. Bottke, Criminalidad económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania, *Revista Penal* 4/25 [en adelante: Bottke]. Además, para este autor, a pesar de que el concepto de EOP se basa en criterios prejurídicos, como el supuesto dominio de una estructura organizada de poder y la supuesta utilización de un instrumento para cometer un delito, su uso se justifica cuando la situación constituye una grave violación de los valores más importantes sobre los cuales está construida la comunidad internacional. Véase Bottke, p. 26; también Tribunal Supremo Federal alemán, *wistra* (1998) 150; A. Ransiek, *Unternehmensstrafrecht. Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen*. Múnich: Müller Jur Vlg CF, 1996. p. 46-49; K. Lackner y K. Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erlauterungen*. 24 ed. Múnich: C.H. Beck, 2001. § 25, n. 2; compárese con Kühl (supra n. 22), en § 20 n. 73b. Como ha explicado el juez Iain Bonomy, el Tribunal Supremo Federal alemán ha adoptado el concepto de EOP: "[e]n Alemania, un acusado puede ser considerado responsable como autor (*Täter*) por usar a otro como un instrumento o herramienta (*Werkzeug*) para cometer materialmente un delito, independientemente de si el autor físico es culpable o es un 'agente inocente', es decir, no responsable por el delito, porque, por ejemplo, es menor de edad o carece de los elementos subjetivos requeridos por el delito". Véase *Prosecutor* vs. *Milutinovic* (*Decision On Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction: indirect co-perpetration, separate opinion of Judge Iain Bonomy*) ICTY-05-87-PT (22.03.2006). Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal alemán no ha sostenido el requisito de que la estructura organizada de poder deba no sólo excepcionalmente actuar al margen de la ley. Véase Tribunal Supremo Federal alemán, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* 40 p. 237, 43 p. 219; véase también *Zeitschrift für Wirtschafts-und Steuerstrafrecht* (1998) 150.

24. Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga* (supra n. 12), parrs. 500-508.

al primero,[25] sean miembros de una misma estructura organizada de poder. Además, esta relación jerárquica tiene que venir acompañada de un grado de control suficiente sobre la organización por parte del dirigente de manera que pueda afirmarse el automatismo en el cumplimiento de sus órdenes. En este sentido, la SCP I de la Corte ha explicado que:

"[l]a capacidad del dirigente para asegurar este cumplimiento automático de sus órdenes es la base de su responsabilidad por autoría –en lugar de participación. La máxima autoridad no ordena meramente la comisión de un delito, sino que a través de su control sobre la organización esencialmente decide si y cómo será cometido."[26]

En consecuencia, quienes aconsejan que se emprenda una campaña de persecución, planean una deportación en masa sin tener poder ejecutivo, reclutan voluntarios que posteriormente serán utilizados como autores materiales, o proporcionar la información necesaria para cometer los delitos, no podrán ser en ningún caso considerados autores materiales.[27]

En este sentido, es importante subrayar, que el campo de aplicación de la autoría mediata es ciertamente más limitado que el del concepto de responsabilidad del superior por cadena de mando en cuanto que el primero requiere, por un lado, que el dirigente y el autor material pertenezcan necesariamente a una misma organización, y, por otro lado, exige un control operacional suficiente que permita afirmar el carácter automático del cumplimiento de las órdenes del dirigente, lo que excluye los casos de "control efectivo" basado en un mero control disciplinario o a un control operacional parcial.[28]

A este respecto, Weigend, ha afirmado que si la Corte y los otros tribunales penales internacionales van a optar por la aplicación de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, tienen una tarea fundamental por delante en términos de especificar el grado de control necesario para su aplicación a los efectos de "ofrecer un fundamento adecuado".[29] En su opinión, esto es

---

25. Idem, párrafos 511-514.
26. Idem, párrafo 518. Véase también sentencia de juicio en el caso *Stakic (Prosecutor* vs. *Stakic (Judgment)* ICTY-97-24-T (31.07.2003), párrafos 497-498 [en adelante: sentencia de juicio en el caso *Stakic*].
27. Idem.
28. Weigend, T., Perpetration through an organisation. The unexpected career of a german legal concept, in *Journal of International Criminal Justice* 9/103-104, 110-111 [en adelante: Weigend].
29. Idem, p. 110.

particularmente necesario teniendo en cuenta que tradicionalmente el principal problema presentado por esta modalidad de la autoría mediata es la ambigüedad en el grado de control/dominio requerido, puesto que mientras hay consenso en que dicho grado de dominio/control existe cuando una persona utiliza a otra que no es penalmente responsable, es difícil encontrar la frontera entre el influir en un subordinado punible como una mera participación por ordenar, instigar o cooperar, y el grado de dominación o control que caracteriza al autor mediato.[30]

Este problema del grado de control/dominio requerido para su aplicación se ha presentado desde los primeros casos en los que la autoría mediata ha estado en el centro del análisis de la Corte, con independencia de que se refirieran a grupos armados organizados como a aparatos de poder estatales. Pasemos a continuación a estudiar como se ha manifestado este fenómeno en los casos contra *Thomas Lubanga*, *Omar al Bashir* y *Muammar Gaddafi*, y su hijo *Saif Al-Islam Gaddafi*.

4. EL CASO CONTRA THOMAS LUBANGA DYILO ANTE LA CPI: LOS PROBLEMAS RELATIVOS AL CONTROL DE LOS GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS

El caso contra *Thomas Lubanga Dyilo* ante la CPI es un buen ejemplo de los problemas que se pueden plantear. Este caso se refiere se ocupa de acontecimientos que tuvieron lugar en el contexto del conflicto armado ocurrido en el territorio de Ituri (distrito de la Provincia Oriental de la República Democrática del Congo entre el 01.07.2002 y el 31.12.2003.[31] En su decisión de confirmación de cargos, la SCP I consideró que en este conflicto armado, además del ejército de la República de Uganda (UPDF), estaban involucrados varios grupos armados organizados, incluyendo a la *l'Union des Patriotes Congolais/Rassemblement pour la Paix* (UPC/RP) y su brazo militar *les Forces Patriotiques pour la Liberation du Congo* (FPLC), *le Parti pour l'Unite et la Sauvegarde de'l Integrite du Congo (Pusic)* y *le Front National Integrationniste* (FNI).[32] En este contexto, las FPLC desarrollaron una política de alistamiento

30. Idem, p. 103.

31. *Lubanga Case* (*Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges*) ICC-01/04-01/06 (29.01.2007) párrafos 167-237, en particular los párrafos 220, 236, 237 [en adelante: Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*].

32. El conflicto armado fue de carácter internacional hasta el momento en que las UPDF se retiraron del territorio de Ituri el 02.06.2003, y de carácter no internacional con posterioridad. Véase Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* (supra n. 31), párrafos 220, 236, 237.

y reclutamiento de jóvenes, que también incluía a niños menores de 15 años.[33] Tras completar su entrenamiento, los jóvenes reclutas de las FPLC, incluyendo a los menores de 15 años, eran utilizados activamente en las hostilidades.[34]

Según la SCP I, desde comienzos de septiembre de 2002 hasta fines del 2003, *Lubanga*, además de ejercer como Presidente electo de la UPC/RP:

"(...) tenía el control último de hecho sobre la adopción y ejecución de las políticas de la UPC/RP, y sólo recibía asesoramiento técnico de las Secretarías Nacionales del movimiento."[35]

Por otra parte, desde la creación de las FPLC como brazo militar de la UPC/RP a principios de septiembre de 2002 hasta fines del 2003, Lubanga fue formalmente el comandante en jefe de las FPLC. En tal condición era informado acerca de las operaciones militares de las FPLC y acerca de la situación en los campos de entrenamiento militar de las FPLC, y con regularidad cumplía de hecho los deberes inherentes a tal posición.[36]

No obstante, como resultado de las diversas crisis internas que tuvieron lugar a fines del 2002 y comienzos del 2003 dentro de las FPLC, surgieron importantes divisiones internas entre sus oficiales militares.[37] Esto hizo que Lubanga trabajara de manera más cercana con algunos oficiales militares. Por lo tanto, Lubanga tenía "por lo general, pero no siempre" la última palabra acerca de la adopción de las políticas de las FPLC, así como sobre la ejecución por parte de las FPLC de las políticas adoptadas por la UPC/RP o por las FPLC.[38]

La SCP I también sostuvo que, como consecuencia de estas disputas internas, el nivel de control de hecho ejercido por Lubanga dentro de las FPLC era menor que el ejercido dentro de la UPC/RP; como lo demostraba el hecho de que los miembros del Estado Mayor de las FPLC y, en particular, el Jefe del Estado Mayor de las FPLC "ordenó el lanzamiento de operaciones militares sin consultar a Thomas Lubanga Dyilo".[39]

Probablemente esta sea la razón por la cual la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI desestimara la aplicación del concepto de autoría mediata en su

33. Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* (supra n. 31), párrafos 249, 253, 254, 258.
34. Idem, párrafos 266-7.
35. Idem, párrafo 368.
36. Idem, párrafo 373.
37. Idem, párrafo 375(a)-(b).
38. Idem, párrafos 375(c)-376.
39. Idem, párrafo 374.

variante de EOP en este caso. En efecto, en ausencia de una relación vertical clara entre el acusado y algunos de los oficiales de alto rango de las FPLC que estaban aparentemente involucrados en la comisión de los delitos, estos últimos no podían ser considerados como miembros fungibles de las FPLC bajo el dominio del acusado.

En consecuencia, la SCP I ni siquiera analizó si las FPLC cumplían los requisitos para ser calificadas como una estructura organizada de poder compuesta por miembros fungibles,[40] y pasó directamente a analizar la posible responsabilidad penal de Lubanga como coautor de los delitos debido a la existencia de un plan común desde el establecimiento de las FPLC a principios de septiembre de 2002 entre el propio *Lubanga* y (a) los oficiales del más alto rango de la UPC/RP a cargo de defensa y seguridad (el Vicesecretario Nacional de Defensa de la UPC/RP y el Jefe de Seguridad de la UPC/RP), (b) los oficiales de más alto rango de las FPLC (el Jefe del Estado Mayor de las FPLC y el Jefe Adjunto de Operaciones Militares del Estado Mayor de las FPLC), y (c) otros superiores militares de las FPLC.[41] Todos estos individuos se conocían y habían trabajado juntos mucho antes de la creación de las FPLC.[42]

Según la SCP I, este plan común, que fue ejecutado desde comienzos de septiembre de 2002 hasta fines del 2003, se dirigió a promover el esfuerzo bélico de la UPC/RP y las FPLC: (a) reclutando, voluntariamente o por la fuerza, a jóvenes para las FPLC; (b) sometiéndolos a entrenamiento militar; y (c) utilizándolos para participar activamente en operaciones militares y como guardias para proteger objetivos militares. Si bien no iba dirigido a cometer ningún delito pues su objetivo era el reclutamiento de jóvenes en general, contenía un elemento de criminalidad, porque, a pesar de que no tenía

40. Esto, a pesar del hecho de que, en el párrafo 9 de la Decisión de orden de arresto en el caso *Lubanga*, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte había sostenido que "hay motivos razonables para creer que, dada la relación jerárquica entre el Sr. Thomas Lubanga Dyilo y los otros miembros de la UPC y de las FPLC, el concepto de autoría mediata que, junto con el de coautoría basada en el dominio conjunto del hecho al que se refiere la solicitud de la Fiscalía, está previsto en el artículo 25(3)(a) del Estatuto, podría ser aplicable al presunto rol del Sr. Thomas Lubanga Dyilo en la comisión de los crímenes expuestos en la solicitud de la Fiscalía". Véase, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Article 58, The Prosecutor *vs.* Thomas Lubanga Dyilo, Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04-01/06-37Annex 1 (de 10.02.2006, reclasificado como público el 17.03.2006) párrafo 9 [en adelante: Decisión de orden de arresto en el caso Lubanga].

41. Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* (supra n. 31), párrafo 377 (i).

42. Idem, párrafo 378.

específicamente como objetivo a los niños menores de 15 años, su ejecución asumía el riesgo objetivo de que tales niños podrían verse afectados.[43]

5. EL CASO OMAR AL BASHIR: ¿AUTORÍA O COAUTORÍA MEDIATA?

El caso *Al Bashir* constituye el primer caso ante una jurisdicción internacional en el que el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder (EOP) ha sido aplicado autónomamente, y no como parte del concepto de co-autoría mediata. Debido a la revocación por la Sala de Apelaciones de la aplicación inicial del estándar de prueba que respecto al delito de genocidio llevó a cabo la SCP I, se dictaron en este caso dos decisiones de orden de arresto contra *Omar al Bashir*, la primera de de 04.03.2009,[44] y la segunda de 12.07.2010.[45] Sin embargo, en lo referente a las formas de responsabilidad penal es la primera de ellas la que resulta relevante en cuanto que la SCP I se remite en la segunda al análisis y conclusiones previamente alcanzadas en aquella. Por ello, hemos tomado la Primera Decisión de Orden de Arresto dictada por la SCP I de la CPI el 04.03.2009, como principal referente a la hora de abordar esta sección.

Según lo señalado por la SCP I, los fundamentos de hecho que delimitan los contornos del caso son los siguientes. Poco después del ataque al aeropuerto de El Fasher en abril de 2003, el Gobierno de Sudan, en respuesta a las actividades del Movimiento Sudanés por la Liberación ("MSL"), del Movimiento por la justicia y la Equidad ("MJE"), y de otros grupos armados de oposición en Darfur, decretó una movilización general de las milicias Janjaweed. A partir de entonces, y durante más de cinco años las fuerzas del Gobierno de Sudán que incluían su fuerzas armadas, y sus aliados de las milicias Janjaweed, las fuerzas de policía, el servicio de seguridad e inteligencia nacional y la comisión para asuntos humanitarios, desarrollaron una campaña de contra-insurgencia.[46]

---

43. Idem, párrafo 377. Para un análisis del tratamiento de la coautoría por la SCP I en el caso Lubanga, ver. H. Olásolo, *Criminal liability of senior political and military leaders as principals to international crimes*, London: Hart Publishers, 2005, capítulo 5, sección V.A. [en adelante: Olásolo, Criminal Liability].

44. Primera Decisión de orden de arresto en el caso *Bashir* (supra n. 9).

45. *Prosecutor* vs. *Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Second Warrant of Arrest) ICC-02/05-01/09 (de 12.07.2010) [en adelante: Segunda Decisión de orden de arresto en el caso *Bashir*].

46. Primera Decisión de orden de arresto en el caso *Bashir* (supra n. 9), párrafo 74.

El elemento central de esta campaña fue el lanzamiento de un ataque ilícito contra aquella parte de la población de Darfur (perteneciente en gran medida a los grupos Fur, Massalit y Zaghawa) percibida por el Gobierno de Sudan como cercana al MSL, al JEM y a los demás grupos armados de oposición.[47] Este ataque ilícito se caracterizó por (a) su gran escala, al afectar a cientos de miles de individuos y extenderse a una gran parte del territorio de los tres estados en que se dividía la región de Darfur; y (b) su naturaleza sistemática, dado que los actos de violencia siguieron en gran medida un mismo patrón.[48] En ejecución de este ataque, las fuerzas del Gobierno de Sudán: (a) llevaron a cabo numerosas operaciones ilícitas en ciudades y pueblos de la región que eran frecuentemente seguidas de saqueos; (b) cometieron el asesinato y exterminio de miles de civiles; (c) violaron a miles de mujeres; (d) sometieron a desplazamiento forzado a cientos de miles de personas civiles; y (e) realizaron actos de tortura contra la población civil.[49] La Segunda Decisión de Orden de Arresto de 12.07.2010 consideró que estos hechos ofrecían motivos razonables para creer que junto a crímenes de guerra y de lesa humanidad, las fuerzas del Gobierno de Sudán habían incurrido también en un delito de genocidio.[50]

La campaña de contra-insurgencia fue, en gran medida, ejecutada por: (a) los Comités de Seguridad locales (formados por el jefe de la localidad y los representantes en la misma de las fuerzas armadas, la policía, y el servicio de seguridad e inteligencia nacional);[51] y (b) los Comités de Seguridad estatales (formados por el gobernador del estado y los representantes en el mismo de las fuerzas armadas, la policía, y el servicio de seguridad e inteligencia nacional).[52] Mientras los Comités de Seguridad locales actuaban conjuntamente con las milicias Janjaweed a nivel local, los Comités de Seguridad estatales se coordinaban con los líderes regionales de dichas milicias.[53] El Vice- Ministro

47. Idem, párrafos 75 y 76.
48. Idem, párrafos 84 y 85.
49. Idem, párrafo 192.
50. *Prosecutor* vs. *Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Second Warrant of Arrest) ICC-02/05-01/09 (de 12.07.2010) [en adelante: Segunda Decisión de orden de arresto en el caso *Bashir*].
51. *Prosecutor* vs. *Omar Al Bashir*, Decision on the Prosecution's application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09-3, de 04.03.2009, párrafos. 217- 218.
52. Idem, párrafos 217 y 219.
53. Idem, párrafos 218 y 219.

Federal del Interior era la persona encargada de la supervisión de los Comités de Seguridad de los tres estados de Darfur y la coordinación entre el Gobierno de dichos estados y los más altas instancias del Gobierno de Khartoum.[54]

Al analizar la responsabilidad penal de *Bashir*, la SCP I comenzó por señalar que la campaña se había realizado a través de las distintas organizaciones del aparato de poder del estado de Sudán, las cuales habían sido utilizadas de manera coordinada para desarrollar conjuntamente la campaña de persecución arriba mencionada.[55]

Sin embargo, la SCP I no discutió expresamente si el aparato de poder del estado de Sudán poseía las características necesarias de organización jerarquía y fungibilidad de sus miembros como para garantizar el automatismo en el cumplimiento de las órdenes de sus dirigentes y así ser idóneo para la aplicación del concepto de EOP. Ahora bien, de la lectura de los párrafos 216 a 223 de la Primera Decisión de Orden de Arresto se observa que la SCP I consideró implícitamente que dicho aparato de poder poseía efectivamente tal idoneidad.

Para la SCP I, el problema surgió a la hora de determinar si (a) nos encontrábamos ante una situación de control compartido (relación horizontal) entre *Bashir* y un pequeño círculo cercano de altos cargos políticos y militares del Gobierno de Sudán, que hubieran planeado, puesto en marcha y dirigido coordinadamente la ejecución de la campaña de contra-insurgencia a través de las distintas organizaciones del aparato del estado que dirigían cada uno; o si (b) *Bashir*, al haber ejercido tanto de derecho, como de hecho, como presidente de Sudán y comandante en jefe de las fuerzas armadas de Sudán entre 2003 y 2008, tenía un nivel de control superior (relación vertical con el resto de miembros de su Gobierno y fuerzas armadas y de policía) que le otorgaba la capacidad suficiente como para controlar por sí mismo el conjunto del aparato de poder del estado, de manera que hubiera sido él mismo quien en última instancia lo habría activado para lanzar la campaña de contra-insurgencia contra la población civil de Darfur percibida como cercana a los grupos armados de oposición.

Tras analizar esta cuestión, la SCP I no llegó a una respuesta definitiva, dejando la misma para una etapa posterior de las actuaciones. Así, según la SCP I, existían motivos razonables para creer de que *Bashir* y otros altos cargos políticos y militares del Gobierno de Sudán habían utilizado de manera coordinada las organizaciones del aparato del estado que dirigían para planear, preparar y

54. Idem, párrafo 220.

55. Idem, párrafo 216.

ejecutar conjuntamente la campaña de contra-insurgencia. En particular, había motivos razonables para creer que *Bashir*, desde sus posiciones de presidente de Sudán y comandante en jefe de sus fuerzas armadas sudanesas había jugado un papel esencial en la coordinación del diseño y ejecución del plan común.[56]

Sin embargo, al mismo tiempo, y de manera alternativa, la SCP I también concluyó que existían motivos razonables para creer que *Omar Al Bashir*: (a) jugó un papel que fue más allá de la coordinación en el diseño y la ejecución de la campaña de contra-insurgencia; (b) se encontraba en completo control de las distintas organizaciones que formaban el aparato del estado en Sudán, incluyendo sus fuerzas armadas y de policía, el servicio de seguridad e inteligencia nacional y la comisión para asuntos humanitarios; y (c) utilizó dicho control para asegurar la ejecución de dicha campaña.[57]

Por esta razón, y una vez que se comprobó que concurrían en *Bashir* los elementos subjetivos requeridos por los delitos en cuestión y que era consciente de las circunstancias fácticas, que le atribuían su control del hecho, las dos órdenes de arresto dictadas contra el mismo el 04.03.2009 y el 12.07.2010, lo consideraron alternativamente, conforme al artículo 25(3)(a) ER, como co-autor mediato, o, como autor mediato, por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos como parte de la campaña contra-insurgencia de las fuerzas del Gobierno de Sudán.[58]

6. EL CASO CONTRA MUAMMAR GADDAFI Y SU HIJO SAIF AL-ISLAM GADDAFI: ¿AUTORÍA O COAUTORÍA MEDIATA?

6.1 Introducción al caso: imputación de Muammar Gaddafi como autor mediato y de Saif al Islam y Abdullah Al-Senussi como coautores mediatos

El 27.06.2011, la SCP I de la CPI emitió su decisión de orden de arresto contra el presidente en ejercicio de Libia, *Muammar Gaddafi*, su hijo *Saif Al-Islam Gaddafi* y el jefe de los servicios de inteligencia militar libios *Abdullah Al-Senussi*.[59] Según la SCP I, existían motivos razonables para creer que en todo el territorio de Libia –pero particularmente en sus tres ciudades principales

56. Idem, párrafo 221.

57. Idem, párrafo 222.

58. Idem, párrafo 223.

59. Decisión de orden de arresto en el caso Gaddafi y Al-Senussi (supra n. 8).

Trípoli, Misrata y Benghazi (que reúnen a más de la mitad de la población del país), así como en otras ciudades más pequeñas como Al-Bayda, Derna, Tobruk and Ajdabiya– las fuerzas de seguridad libias habían respondido a las manifestaciones civiles que se venían produciendo desde el 15.02.2011 con el asesinato de cientos de manifestantes y presuntos disidentes del régimen, lo que constituía un crimen de lesa humanidad.[60] Los asesinatos se prolongaron durante al menos diez días hasta el 25 de febrero.[61] Simultáneamente, las fuerzas de seguridad libias llevaron a cabo numerosos actos de persecución por motivos políticos contra quienes pertenecían o eran sospechosos de pertenecer a la oposición al régimen de *Muammar Gaddafi* a lo largo de todo el territorio de Libia, y en particular en Trípoli, Misrata y Benghazi.[62]

La Fiscalía imputaba los delitos arriba mencionados a *Muammar Gaddafi* a título de autor mediato puesto que, según alegaba, ostentaba un control absoluto sobre el aparato del estado libio, incluyendo sus fuerzas de seguridad, y había sido él mismo quien había tomado la decisión de acabar con las manifestaciones civiles por todos los medios posibles, incluyendo el uso de violencia extrema y mortal.[63] De esta manera, según la Fiscalía, *Muammar Gaddafi* había transmitido sus órdenes a sus subordinados en la estructura del estado, incluyendo a su hijo *Saif Al-Islam Gaddafi* y a *Abdullah Al-Senussi*, quienes se adhirieron a su plan y lo ejecutaron a través de aquellas organizaciones del aparato del estado y de las fuerzas de seguridad que controlaban respectivamente (*Saif Al-Islam* como primer ministro de hecho controlaba el aparato financiero y logístico, y *Al-Senussi* como jefe de la inteligencia militar ejercía el control sobre ciertos órganos de seguridad), provocando así la comisión de los delitos.[64] De esta manera, según la Fiscalía, *Saif Al-Islam* y *Abdullah Al-Senussi* responderían como coautores mediatos en un segundo escalón sometidos a la autoridad de *Muammar Gaddafi*.

6.2 Dificultad en la aplicación de la autoría mediata a Muammar Gaddafi por no reunir un suficiente grado de control sobre el aparato de poder del Estado Libio

La SCP I no aceptó varias de las alegaciones de la Fiscalía. En primer lugar, no consideró a *Muammar Gaddafi* como autor mediato, sino como coautor

60. Idem, párrafo 41.
61. Idem, párrafos 41, 64.
62. Idem, párrafo 65.
63. Idem, párrafo 67.
64. Idem, ibidem.

mediato junto con su hijo, y primer ministro de hecho del país, *Saif Al-Islam Gaddafi*. Según la SCP I, *Muammar Gaddafi* tenía en el momento de producirse los hechos imputados "el control último y no controvertido" sobre el aparato del estado libio, incluyendo sus fuerzas de seguridad, puesto que aunque alegara que no ocupa ninguna posición oficial y que no era el presidente de Libia, era reconocido como "la autoridad última o el que manda", "el jefe político del gobierno en Libia" o "el jefe espiritual e ideológico del movimiento".[65]

Ahora bien, al mismo tiempo, la SCP I consideró que *Saif Al-Islam Gaddafi*, aunque tampoco ocupara una posición oficial, era el sucesor no declarado de *Muammar Gaddafi* y la persona más influyente de su círculo íntimo, de manera que ejercía el control sobre partes claves del aparato del estado libio como el sector financiero y logístico, además de tener los poderes que corresponden de hecho a un primer ministro.[66] En este sentido, es necesario tener en cuenta que el aparato de poder libio estaba compuesto de un complejo conjunto de unidades e individuos, todos los cuales seguían en última instancia las órdenes del líder del país *Muammar Gaddafi*, quien ejercitaba sus poderes a través de un pequeño círculo de colaboradores, del cual su hijo *Saif Al-Islam* era la persona más influyente, por lo que disfrutaba de una posición de preeminencia en la jerarquía libia. Si bien se encontraba subordinado a su padre, *Saif Al-Islam* poseía el control sobre partes claves del aparato del estado, así como la capacidad de activar la maquinaria del estado y de dictar órdenes a todos los subordinados de su padre que era al mismo tiempo sus subordinados.[67]

Según la SCP I, la estructura de poder creada por *Muammar Gaddafi*, le permitía transmitir órdenes directamente al personal de cualquier nivel del aparato del estado libio, asegurando así su inmediata ejecución. Sus órdenes eran legalmente vinculantes y su ejecución era obligatoria.[68] Dentro de las distintas unidades del aparato del Estado, y en particular en las fuerzas de seguridad, existían líneas de comunicación y mando verticales, que terminaban en última instancia en *Muammar Gaddafi*. Las fuerzas de seguridad libias estaban formadas por unidades y grupos dentro de los cuales cada individuo temía al otro. Además, cada unidad estaba compuesta por numerosos individuos a los que se les daba una estricta formación militar y paramilitar. De esta manera se aseguraba el carácter intercambiable de los niveles inferiores

65. Idem, párrafo 72.

66. Idem, ibidem.

67. Idem, párrafo 73.

68. Idem, párrafo 74.

y de aquellos que ejecutaban materialmente las órdenes de *Muammar Gaddafi*, así como el automatismo en el cumplimiento de las mismas dentro del aparato del estado libio[69], que sólo necesitaba ser activado por aquellos que mantenían el control sobre sus subordinados. En consecuencia, la SCP I concluyó que existían motivos razonables para creer que las órdenes de *Muammar Gaddafi* y de su hijo *Saif Al-Islam Gaddafi* a cualquiera de las ramas del aparato del estado libio activaría su maquinaria para así proceder a su cumplimiento por sus miembros.[70]

Muammar Gaddafi diseñó junto con su círculo más cercano, y en particular su hijo *Said Al-Islam Gaddafi*, un plan para detener y desmantelar por todos los medios posibles las manifestaciones civiles contra el régimen que habían comenzaron en Libia poco después de las ocurridas en Túnez y Egipto que provocaron la salida de sus respectivos presidentes al comienzo de 2011.[71] Para ejecutarlo utilizaron los medios de comunicación bajo su control, monitorearon los correos electrónicos, los mensajes de celulares, emitieron discursos públicos dirigidos a perturbar las manifestaciones, amenazaron a los posibles disidentes e incitaron a la población a actuar contra quienes eran percibidos como disidentes.[72] La ejecución del plan común incluyó también el bloqueo de varias páginas de internet y canales de televisión para evitar que la población pudiera acceder a información que no fuera emitida por los canales oficiales del estado.

Así mismo, una campaña de encubrimiento fue puesta en marcha simultáneamente para esconder la comisión de los delitos por el aparato del estado libio, principalmente a través de la remoción de los cuerpos y de otras huellas de los delitos de las calles, la eliminación de datos y remoción de cuerpos de los hospitales, y el arresto y manipulación de periodistas internacionales con objeto de impedirles informar libremente sobre lo que estaba ocurriendo.[73]

La SCP I entendió que había motivos razonables para creer que *Muammar Gaddafi* desarrolló las siguientes funciones en la ejecución del plan: (a) concebirlo, diseñarlo y monitorear su ejecución; (b) dictar órdenes a sus subordinados más cercanos en las Fuerzas de Seguridad, entre los que se encontraba *Abdullah Al-Senussi*, para que movilizasen las tropas a los

69. Idem, párrafo 75.
70. Idem, ibidem.
71. Idem, párrafo 76.
72. Idem, párrafo 77.
73. Idem, ibidem.

efectos de disolver las manifestaciones populares; (c) dictar órdenes e incitar públicamente a la población a atacar a civiles que fueran percibidos como disidentes; (d) autorizar la liberación de numerosos prisioneros para crear una situación de caos que facilitase la intervención de las fuerzas de seguridad; (e) asegurar que los autores materiales disponían de los recursos necesarios para ejecutar el plan común; (f) ordenar el arresto a gran escala de los disidentes; (g) concebir, diseñar y ejecutar la campaña de encubrimiento dirigida a ocultar la comisión de los delitos por la fuerzas de seguridad; (h) dirigirse públicamente a la población civil para amenazar y amedrantar a los manifestantes; y (i) conceder beneficios financieros para movilizar el apoyo popular.[74]

Así mismo, la SCP I consideró que había motivos fundados para creer que las funciones asumidas por *Said Al-Islam Gaddafi* durante la ejecución del plan fueron, entre otras, las siguientes: (a) apoyar y contribuir al diseño del plan común; (b) utilizar sus poderes y autoridad para asegurar la ejecución del plan común; (c) ordenar el reclutamiento de mercenarios y la movilización de milicias y tropas; (d) ordenar la detención y la eliminación de disidentes políticos; (e) proveer recursos a las fuerzas de seguridad; (f) dirigirse públicamente a la población civil para amenazar y asustar a los manifestantes y movilizar a quienes apoyaban a *Muammar Gaddafi*; y (g) contribuir a una campaña de encubrimiento, en particular negando la comisión de los delitos por las fuerzas de seguridad, y trasladando la responsabilidad a los manifestantes.[75]

Ante estas circunstancias, la SCP I consideró que la escala de las acciones coordinadas entre *Muammar Gaddafi* y su hijo era de tal magnitud que sólo se podía concluir que *Muammar Gaddafi* junto con su círculo más cercano, y en particular su hijo *Saif Al-Islam*, habían diseñado, preparado y dirigido la ejecución de un plan común para detener y desmantelar por todos los medios posibles las manifestaciones civiles contra el régimen libio y encubrir los delitos que se estaban cometiendo por las fuerzas de seguridad libias.[76] Este parece haber sido, en última instancia, la razón principal de la SCP I para rechazar las alegaciones de la Fiscalía relativas a la autoría mediata de *Muammar Gaddafi*, y dictar la orden de arresto con fundamento en una coautoría mediata entre este último y su hijo *Saif Al Islam Gaddafi*.[77]

Para ello, la SCP I determinó que tanto *Muammar Gaddafi* como *Saif Al-Islam Gaddafi* realizaron contribuciones esenciales para la comisión de los

74. Idem, párrafo 79.

75. Idem, párrafo 80.

76. Idem, párrafo 76.

77. Idem, párrafo 83.

delitos en la ejecución del plan común a través del aparato del estado libio, de manera que cada uno de ellos dispuso en todo momento de la capacidad de impedir su comisión mediante la negativa a desarrollar dichas funciones. Así mismo, la SCP también concluyó que tanto *Muammar Gaddafi* como *Saif Al- Islam Gaddafi*: (a) tenían la intención de que se cometieran los elementos objetivos de los crímenes de lesa humanidad de asesinato y persecución, (b) eran conscientes que su conducta era parte de una ataque sistemático y generalizado contra una población civil en ejecución de una política de estado establecida por ellos mismos para atacar a quienes eran percibidos como disidentes políticos; (c) eran conocedores de su posición de liderazgo en la estructura del aparato del estado libio y de su capacidad de control sobre sus subordinados; y (d) eran mutuamente conscientes y habían aceptado que la ejecución del plan común resultaría en la realización de los elementos objetivos de los delitos.[78] En consecuencia, la Sala de Cuestiones Preliminares I dictó orden de arresto contra *Muammar Gaddafi* y *Saif Al-Islam Gaddafi* como coautores mediatos de los crímenes de lesa humanidad de asesinato y persecución.

7. El caso contra el Jefe de la Inteligencia Militar de Libia Abdullah Al-Senussi: autoría mediata de los comandantes militares intermedios

7.1 Superiores intermedios

Para Roxin, autores mediatos no son sólo los dirigentes que se encuentran en el vértice de sus respectivas organizaciones, y deciden la comisión de los delitos. De hecho, cuando definió el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder en 1963 tenía en mente el Holocausto, la organización nazi y su red de campos de concentración y exterminio. Si bien en lo más alto de la organización nazi se encontraban Adolf Hitler y Heinrich Himmler, el funcionamiento efectivo de la misma requería la coordinación de miles de miembros de la misma, que conforme a una cadena de mando estrictamente jerárquica, operaban a los diferentes niveles de la organización.[79] Esto aparece perfectamente reflejado en el caso de Adolf Eichmann, quien a pesar de no ser parte del más alto liderazgo nazi, desempeño desde su oficina

78. Idem, párrafos 81-82.

79. Roxin (supra n. 2), p. 245.

(el nunca estuvo presente en la escena de los delitos) una función clave para la aplicación efectiva de la llamada Solución Final.[80]

En su opinión, los superiores intermedios, que reciben órdenes de los niveles más altos y tienen la facultad de emitir "órdenes" a sus subordinados en los niveles inferiores de la organización serían también autores mediatos debido a su dominio sobre la voluntad de estos últimos, en caso de que utilicen su poder para el desarrollo de la actividad delictiva.[81] En estos supuestos, no se trataría de responsabilidad por simple pertenencia a una organización criminal, puesto que los superiores intermedios, dentro del grado de control que corresponde a su posición, dirigen la organización hacia la realización de los delitos.[82]

Sin embargo, otros autores como Ambos considera que a los superiores intermedios se les debería calificar como coautores en lugar de cómo autores mediatos. Si bien está de acuerdo con Roxin en que los delitos sólo pueden ser cometidos a través de una organización porque sus miembros, en diferentes niveles, dirigen la parte de la misma que está bajo su responsabilidad hacia la comisión de los delitos,[83] lo cierto es que su control sólo se extiende a ciertos

80. Muñoz Conde y Olásolo (supra n. 5).

81. Roxin (supra n. 2), p. 248.

82. Así, desde la perspectiva de los dirigentes, los miembros de la estructura organizada de poder en el nivel intermedio son nexos reemplazables dentro de la organización. Sin embargo, desde la perspectiva de los superiores intermedios, ellos mantienen el control último sobre los delitos de sus subordinados porque: (a) tienen pleno conocimiento de las circunstancias de hecho que subyacen a sus elementos objetivos, (b) no actúan bajo coerción alguna al decidir si los llevan a cabo; y (c) perciben a sus subordinados como anónimos y reemplazables y, por lo tanto, no dejan en manos de los autores materiales la decisión de realizar los delitos. Roxin (supra n. 2), p. 245.

83. En este sentido, Ambos y Grammer han señalado que la fórmula tradicional que distingue entre autores y otros intervinientes en el crimen ha sido reemplazada por una de tres niveles. El primer nivel, el más alto, está compuesto por los autores mediatos que organizan y planean los crímenes, es decir, aquellos que controlan y ponen en marcha la organización. El segundo nivel está compuesto por los superiores intermedios que controlan una parte de la organización y la dirigen hacia la implementación del plan. También pueden, por lo tanto, considerarse autores mediatos. El tercer nivel, el más bajo, está compuesto por los autores físicos que sólo desempeñan un rol auxiliar en el acontecimiento criminal global. Véase, K. Ambos y C. Grammer, Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Kasemann. *Revista Penal* 12/31 [en adelante: Ambos y Grammer].

miembros dentro de la organización (o como mucho a una parte de la misma), y que en todo caso, los más altos dirigentes de la organización pueden en todo caso interferir y bloquear dicho control.[84] De ahí que, en el caso de los superiores intermedios sólo pueda hablarse a los sumo de un control parcial, puesto que únicamente los mas altos dirigentes de la organización (la(s) persona(s) que lidera un gobierno, y en circumstancias excepcionales quienes dirigen las fuerzas armadas, de policía e inteligencia), pueden ejercitar su control sobre la misma sin ningún tipo de interferencia.[85]

En consecuencia, como la autoría mediata requiere un grado de control elevado que lleve al cumplimiento automático de las órdenes, esto en el caso de los superiores intermedios es difícil de reconciliar con un control parcial, o incluso una falta de control dado que su posición de relativo liderazgo en la organización.[86]

Ahora bien, la aplicación de la coautoría a estos supuesto tampoco ofrece una solución ideal porque la existencia de una relación de subordinación entre el superior intermedio y los autores materiales hace que la sea más difícil afirmar que la comisión del delito es fruto de un auténtico acuerdo de voluntades entre superior y autores materiales que es ejecutado conforme al principio de división de funciones, máxime cuando debido a las dimensiones de las campañas de criminalidad que caracterizan a los delitos internacionales superiores intermedios y autores materiales ni tan siquiera se conocen.[87]

No existiendo una solución plenamente satisfactoria, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI, en su decisión de orden de arresto de 27.06.2011 conta el jefe de los servicios de inteligencia militar libios *Abdullah Al-Senussi*, se decantó por aplicar el concepto de autoría mediata al imputar a este último los delitos cometidos por las fuerzas armadas desplegadas bajo su mando en la ciudad de Benghazi entre el 15 y el 20.02.2011.[88] La SCP I aplicó este concepto

84. Ambos, Fujimori Judgement (supra n. 16), p. 151.

85. Idem, p. 152.

86. Idem, p. 153.

87. Idem, p. 152.

88. Decision on the "Prosecutor's application pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi", Situation in the Lybian Arab Jamahiriya, ICC-01/11-12, de 27.06.2011, párrafos 83-89. *Abdullah Al-Senussi* era el Jefe de la Inteligencia Militar de Libia, uno de los órganos más poderosos y eficaces de represión del régimen de *Muammar Gaddafi* entre el 15 y el 20.02.2011, y debido a sus vínculos familiares y a su larga amistad con *Muammar Gaddafi*, era la persona de mayor autoridad en las fuerzas armadas, cuyos miembros sin excepción le estaban subordinados. Ver, Decision de Orden De Arresto en el caso Gaddafi y Al-Senussi (supra n. 8), párrafo 85.

después de haber declarado que *Al-Senussi* se encontraba en un segundo escalón del aparato de poder de Libia por debajo de *Muammar Gaddafi*, de quién recibía las instrucciones sobre la ejecución del plan común para detener y disolver las manifestaciones civiles contra el régimen en Benghazi.[89]

7.2 Responsabilidad del Jefe de la Inteligencia Militar Libia Abdullah Al-Senussi como autor mediato

Como vimos en sección precedentes, la Fiscalía, solicito la emisión de una orden de arresto contra *Saif Al-Islam Gaddafi* y *Abdullah Al-Senussi* como coautores mediatos en un segundo escalón sometidos a la autoridad de *Muammar Gaddafi*, presunto autor mediato de la campaña de persecución desatada en Libia entre el 15 y 25.02.2011 contra los manifestantes y opositores políticos. Sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte, rechazó parcialmente las alegaciones de la Fiscalía al considerar a *Muammar Gaddafi* y a su hijo *Saif Al-Islam Gaddafi* como coautores mediatos. Por su parte en relación con *Abdullah Al-Senussi*, la SCP I consideró que la jefatura de la inteligencia militar de Libia fue una de los órganos más poderosos y eficaces de represión del régimen de *Muammar Gaddafi* entre el 15 y el 20.02.2011, siendo además el órgano de la seguridad del estado a cargo de monitorear los cuarteles militares y los miembros de las fuerzas armadas.[90] Así mismo, ejercía el control sobre las fuerzas armadas bajo su mando que habían sido desplegadas en la ciudad de Benghazi para poner fin a las manifestaciones que allí se venían desarrollando desde el 15 de febrero.[91]

Debido a sus vínculos familiares y a su larga amistad con *Muammar Gaddafi*, *Abdullar Al-Senussi* ocupaba una posición de importancia en la jerarquía libia. Si bien se encontraba subordinado a *Muammar Gaddafi*, *Al-Senussi* era la mayor autoridad en las fuerzas armadas, cuyos miembros sin excepción le estaban subordinados.[92]

Según la SCP I, debido a su alta posición en la jerarquía de las fuerzas armadas libias, Abdullah Al-Senussi tenía la capacidad de activar de la actuación de los miembros fungibles de los niveles inferiores de dichas fuerzas armadas, y de asegurar el cumplimiento de sus órdenes y por lo tanto, la comisión de los delitos

89. Idem, párrafos 83-89.

90. Idem, párrafo 84.

91. Idem, ibidem.

92. Idem, párrafo 85.

por cualquier autor material reemplazable.[93] De hecho, una vez que *Muammar Gaddafi* instruía a *Abdullah Al-Senussi* sobre la ejecución del plan común para detener y disolver las manifestaciones civiles contra el régimen en Benghazi, este último las ejecutaba mediante el uso de su poder de mando sobre las unidades de las fuerzas armadas desplegadas en Benghazi, a las que ordenaba que atacaran a los manifestantes en incidentes como el del puente Juliana el 17.02.2011 donde dio la instrucción a sus tropas de que dispararan "a los perros".[94]

La SCP I subrayó que la existencia de una cadena de mando en las fuerzas armadas libias en las que *Muammar Gaddafi* era la autoridad máxima no impedía la atribución de responsabilidad a *Al-Senussi*, quien, si bien seguía las órdenes de la autoridad máxima en la organización jerárquica de las fuerzas armadas, se encontraba a pesar de todo en una posición privilegiada de supremacía sobre una rama fundamental del aparato organizado de poder del estado de Libia.[95] Todo esto llevó a la SCP I a concluir que *Al Senussi* era capaz de controlar la comisión de los delitos desde el nivel jerárquico en el que se encontraba a través de las fuerzas armadas que tenía a sus mando en la ciudad de Benghazi, puesto que se hallaba en situación de asegurar que sus órdenes serían cumplidas de manera prácticamente automática.[96] En conclusión, para la SCP I no sólo *Al-Senussi* jugó un papel esencial en la comisión de los delitos al dar las órdenes a las unidades de las fuerzas armadas bajo su control en Benghazi, sino que al mismo tiempo, y como resultado de su posición, tuvo el poder de determinar si los delitos serían cometidos y cómo serían cometidos.[97]

Finalmente, la SCP I consideró que *Al-Senussi* tenía la intención de que las fuerzas bajo su mando entre el 15 y 20.02.2011 en Benghazi cometieran los delitos de asesinato y persecución. *Al-Senussi* era también consciente de que su conducta era parte de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil en ejecución de una política de estado de atacar a los civiles que se veía como disidentes políticos. Además, la SCP I subrayó que *Al-Senussi* era conocedor del papel de liderazgo que jugaba dentro de la estructura de las fuerzas militares y del pleno control que ejercía sobre sus subordinados.[98]

En consecuencia, la SCP I concluyó que existían motivos razonables para creer que, debido a su posición dentro del aparato del estado de Libia y a su

93. Idem, párrafo 86.
94. Idem, párrafo 87.
95. Idem, párrafo 89.
96. Idem, ibidem.
97. Idem, ibidem.
98. Idem, párrafo 88.

papel en la ejecución del plan común para detener y disolver las manifestaciones civiles contra el régimen libio, *Abdullah Al-Senussi* era responsable de los delitos de cometidos por los miembros de las fuerzas armadas bajo su mando en la ciudad de Benghazi entre el 15 y el 20.02.2011 a título de autor mediato. La SCP I, no aprecio sin embargo que hubiera motivos razonables para creer que fuese responsable por ninguno de los otros delitos imputados a *Muammar Gaddafi* y a su hijo *Saif Al-Islam Gaddafi*[99] a título de coautores mediatos.

8. CONCLUSIONES

A pesar de la reticencia con la que se recibió originalmente el concepto de EOP en 1963 cuando fue planteado originalmente por Roxin, ésta ha sido superada en los últimos años, en los que cada vez con mayor frecuencia se ha recurrido a este concepto para reflejar de manera más precisa la responsabilidad penal de los dirigentes políticos y militares. Sin embargo, si bien se ha hecho ya habitual su aplicación como parte del concepto de coautoría mediata, su aplicación de forma autónoma en los tribunales internacionales se ha limitado hasta el momento a las fases preliminares de los casos contra *Omar al Bashir* y *Abdullah Al-Senussi*, ambos ante la SCP I de la Corte.

Estos dos casos tienen en común que se refieren a la utilización de aparatos de poder del estado, lo que da una idea, como lo demuestra el caso *Lubanga*, de las dificultades de aplicar la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder a los grupos armados organizados, en los que a veces no hay una jerarquía formal clara, o no tienen el tamaño suficiente como para que sus miembros sean fungibles, o sufren divisiones internas alentadas por terceros actores que afectan a su control efectivo por quienes poseen el liderazgo *de jure* del grupo.

En cuanto a la aplicación de la autoría mediata de manera autónoma a situaciones de aparatos de poder del estado, su aplicación en el caso *Bashir* se debe al excepcional grado de control que el imputado, presidente de Sudán y comandante en jefe de las fuerzas armadas sudanesas, parece haber ejercido sobre el aparato de poder sudanés, mientras que en el *Muammar Gaddafi*, la SCP I ha rechazado su aplicación. Entre ambos casos, se pueden observar diferencias reseñables como la edad más avanzada de *Muammar Gaddafi*, el hecho de que fuera el propio hijo de *Muammar Gaddafi* quien fuera su mano derecha y quien actuase como primer ministro de hecho de Libia, y la progresiva delegación de poder que *Muammar Gaddafi* había venido realizando en los últimos en la figura de su hijo Saif Al-Islam con vistas a una próxima sucesión

99. Idem, párrafo 90.

en el poder, que parecen haber justificado esta decisión. En cualquier caso, con independencia de los méritos de la Sala de Cuestiones Preliminares, lo que ponen de manifiesto estos dos casos, son las dificultades que plantea la aplicación autónoma de la autoría mediata incluso en aquellos casos en los que se utilizan aparatos de poder estatales para la comisión de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Esto se debe en gran medida a que la comisión de este tipo de delitos "requiere un planeamiento y preparación que se extiende a lo largo del tiempo, en cuanto que son fruto de un esfuerzo colectivo llevado a cabo a través de un marco organizativo".[100] Por lo tanto, que una sola persona tenga tal grado de control efectivo como para canalizar semejante esfuerzo colectivo será únicamente posible en circunstancias realmente excepcionales. Por el contrario, los casos más frecuentes serán aquellos en los que dicho esfuerzo colectivo sea fruto del planeamiento, preparación y dirección de un grupo de dirigentes actuando conforme a un plan común a través de las estructuras del aparato del estado que cada uno de ellos dirige. Es precisamente en estos casos en los que es de aplicación el concepto de coautoría mediata.

La autoría mediata también se ha aplicado en supuestos de aparatos de poder estatales a un segundo grupo de casos ejemplificado por el caso contra *Abdullah Al-Senussi*, jefe de la inteligencia militar del estado libio. Este segundo grupo de casos, a diferencia del primero que tiene por objeto aquellos dirigentes que se encuentran en el vértice superior de los aparatos de poder estatal, se caracteriza porque (a) se dirigen contra aquellos dirigentes que o bien se encuentran en un escalón inferior, o bien pueden calificarse como mandos intermedios del aparato del estado; y (b) tienen exclusivamente por objeto los delitos cometidos por sus subordinados en el aparato de poder estatal.[101]

Este tipo de autoría mediata también se ha aplicado en otro tribunales internacionales, como en los casos *Stakic*[102] y *Brđanin*[103] ante el TPIY, y en el

100. H. Olásolo Alonso, La función preventiva de la Corte Penal Internacional en la prevención de delitos atroces mediante su intervención oportuna, en H. Olásolo, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 39.

101. Decision de Orden Arresto en el caso Gaddafi y Al-Senussi (supra n. 8), párrafos 89, 90.

102. Milomir Stakic era el alcalde de Prijedor, y la persona que se encontraba al frente de la administración civil de la Municipalidad de Prijedor en 1992, cuando se organizó el tristemente conocido campo de detención de Omarska, que permaneció abierto entre mayo y agosto de 1992.

103. Presidente del Comité de Crisis y de la Presidencia de Guerra de la Provincia Autónoma de la Krajina en 1992, convirtiéndose meses después en Ministro de Construcción,

caso *RUF*[104] ante la Corte Especial de Sierra Leona, en los que los dirigentes afectados tampoco ocupaban cargos políticos y militares del más alto rango jerárquico. Fenómeno que, por otra parte, también se ha producido en varios de los casos este tipo de autoría mediata se ha aplicado a nivel nacional, particularmente en Argentina a partir del año 2005.[105]

La solución solución adoptada por la SCP I parece ser distinta, sin embargo, a la adoptada en algunas jurisdicciones nacionales, como en Perú, donde el 08 de abril de 2008 la Corte Superior de Justicia de Lima condenó como autor mediato en aplicación del concepto de EOP a *Salazar Monroe* (Director del Servicio de Inteligencia Nacional peruana, SIN, durante los gobiernos de Alberto Fujimori), mientras que a varios superiores intermedios del SIN y a los autores materiales de los delitos que pertenecían al "Grupo Colina" de operaciones especiales del SIN se les condenó, a pesar de que entre ellos existía una relación superior-subordinado, como coautores de la desaparición forzada de un profesor y nueve alumnos en la Universidad estatal de la Cantuta de Lima en 1992.[106]

En todo caso, y aunque algunos pudieran señalar que la razón última por la que la SCP I ha aplicado la autoría mediata a *Abdullah Al-Senussi* es su alta posición jerárquica en el aparato del Estado Libio como jefe de los servicios de inteligencia militar a pesar de su estricta subordinación a *Muammar Gaddafi*, lo cierto es que la jurisprudencia inicial de la Corte parece haber aceptado la aplicación de la autoría mediata a superiores intermedios. Con ello ha realizado lo que ha sido calificado como "la difícil elección entre autoría mediata y coautoría en el caso de los autores intermedios de una estructura

---

Tráfico y Servicio Público en el gobierno de la auto-proclamada República Serbia de Bosnia y Herzegovina (República Sprska).

104. Por ejemplo, Isaa Hassan Sesay fue comandante del grupo de operaciones del RUF, y se encontraba subordinado a San Bockarie, quien era el jefe militar del RUF, y respondía únicamente ante el fundador y líder del movimiento desde su creación en 1989 Foday Saybana Sankoh.

105. Véase, entre otros, la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal de La Plata en el caso *Von Wernich* del 01.11.2007, la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal n. 1 de Córdoba del 24.07.2008 en el caso contra *Menéndez Luciano Benjamín, Rodriguez Hermes Oscar y otros*, y la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal de Tucumán del 04.09.2008 en el caso *Senador Vargas Aignasse*.

106. Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Penal Especial, sentencia de 08.04.2008, Exp. No. Av. 03-2003-18 SPE/CSJLI, p. 98-110. Disponible en: [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20080616_38.pdf].

organizada de poder"[107] y que "se centra en si uno está preparado para aceptar una deficiencia en el liderazgo del autor mediato o una posición de desigualdad entre los coautores".[108]

En todo caso, la aplicación práctica de manera autónoma por la Corte del concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder en los casos *Bashir* y *Al-Senussi*, permiten afirmar junto con Muñoz Conde y Ambos que dicho concepto, al que ya se había recurrido anteriormente para construir el concepto de coautoría mediata, se ha convertido hoy en día en "una opción real para reflejar la responsabilidad penal de los dirigentes".[109] En otras palabras, la jurisprudencia internacional nos muestra como la autoría mediata, ya sea de manera autónoma en los limitados supuestos en que esto sea posible, ya sea como regla general como parte de la coautoría mediata, se ha convertido hoy en día en una auténtica opción para reflejar la responsabilidad penal de los altos dirigentes y de los superiores intermedios por su contribución en la comisión de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Esta conclusión se ve reforzada por los numerosos casos contra dirigentes políticos y militares en los que el mismo ha sido también aplicado de manera autónoma por las jurisdicciones nacionales en los últimos 20 años.[110] Todo ello no es sino el resultado de la creciente percepción de que, con independencia del impacto que puedan tener en la determinación de la pena, la aplicación de formas de participación como la instigación o la cooperación para reflejar la responsabilidad penal de los altos dirigentes políticos y militares en la comisión de delitos internacionales relegan su función a un papel secundario su función, lo que no se corresponde con su importancia real.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, K. The Fujimori judgement. A president's responsibility for crimes against humanity as indirect perpetrator by virtue of an organized power apparatus *Journal of International Criminal Justice*. vol. 9. Oxford, 2011.

---

107. Ambos, Fujimori judgement (supra n. 16), p. 153.

108. Idem, ibidem.

109. Muñoz Conde y Olásolo (supra n. 5); Ambos, Fujimori judgment (supra n. 16), p. 157-158.

110. H. Olásolo Alonso, *La responsabilidad del dirigentes por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra*, Bogotá: Temis/Universidades Sergio Arboleda y El Rosario, (en prensa); Muñoz Conde y Olásolo (supra n. 5); K. Ambos (coord.). *Imputación de crimenes de los subordinados al dirigente: un estudio comparado*, Bogotá: Temis, 2008.

_____ (coord.). *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. *Imputación de crimenes de los subordinados al dirigente: un estudio comparado*. Bogotá: Temis, 2008.

_____; GRAMMER, C. Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Kasemann. *Revista Penal*. vol. 12. Tirant lo Blanch, 2003.

BOTTKE, S. Criminalidad económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania. *Revista Penal*. vol. 4. Tirant lo Blanch, 1999.

KÜHL, K. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. ed. Múnich: Vahlen Franz GMBH, 2002.

LACKNER, K.; KÜHL, K. *Strafgesetzbuch mit Erlauterungen*. 24. ed. Múnich: C. H. Beck, 2001.

MEINI, I. El caso peruano. In: AMBOS, K. (coord.) *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente: un estudio comparado*. Bogotá: Temis, 2008.

MUÑOZ CONDE, F. ¿Cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista de Derecho Penal*. vol. 9. Buenos Aires: Rubinza/-Culzoni/Instituto de Ciencias Penales, 2002.

_____; OLÁSOLO ALONSO, H. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes colombianos vinculados al paramilitarismo. *Revista Penal*. vol. 21, Tirant lo Blanch, 2011. Versión en inglés: The application of the notion of indirect perpetration through organised structures of power in Latin America and Spain. *Journal of International Criminal Justice*. vol. 9. n. 1. Oxford, 2011.

OLÁSOLO ALONSO, H. *Criminal liability of senior political and military leaders as principals to international crimes*. London: Hart Publishers, 2009.

_____. La función preventiva de la Corte Penal Internacional en la prevención de delitos atroces mediante su intervención oportuna. In: _____. *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011 (reimpresión Medellín: Dike, 2011).

RANSIEK, A. *Unternehmensstrafrecht. Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen*. Múnich: Müller Jur Vlg CF, 1996.

ROTSCH, T. Die Rechtsfigur des Taters hinter dem Tater bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatoischer Machtapparate und ihre Ubertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. vol. 18. n. 10. p. 491-494. 30.10.1998.

ROXIN, C. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Hamburg: Cram, 1963.

WEIGEND, T. Perpetration through an organisation. The unexpected career of a german legal concept. *Journal of International Criminal Justice*. vol. 9. Oxford: Oxford University Press, 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado ou por indivíduos com a conivência estatal à luz do direito interno e internacional, de Jorge Barrientos-Parra – *RT* 903/383;
- Juzgamiento de los ilícitos penales cometidos por miembros de las Fuerzas de seguridad durante la vigencia de regímenes dictatoriales en Argentina, de Federico Zurueta – *RBCCrim* 76/181;
- La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzman, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo, de Francisco Muñoz Conde e Hector Olasolo – *RBCCrim* 88/61; e
- Observações sobre a decisão da Corte Suprema peruana no caso Fujimori, de Claus Roxin – *RBCCrim* 91/11.

56193

2 O ESCLARECIMENTO DA VERDADE SOBRE GRAVES VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

JAN-MICHAEL SIMON

Chefe da seção da América Latina do Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional. Coordenador-geral do programa de Doutorado em Direito Penal Comparado "International Max Planck Research School for Comparative Criminal Law", do Instituto Max Planck e da Universidade Alberto Ludovico de Friburgo, Friburgo de Brisgovia (Alemanha).

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo aborda o debate no Brasil sobre o esclarecimento da verdade das graves violações aos direitos humanos no passado, abordando o conteúdo do termo "violações dos direitos humanos" para explicar o esclarecimento da verdade a partir de um enfoque processual penal e, finalmente, apresentar algumas conclusões a respeito do esclarecimento da verdade sobre graves violações dos direitos humanos que abarcarão o esclarecimento da verdade por meio de uma comissão da verdade.

PALAVRAS-CHAVE: Violação de direitos humanos - Processo penal - Verdade processual e verdade real - Comissão da verdade - Justiça de transição.

ABSTRACT: This article deals with the debate in Brazil on the explanation for the serious human rights violations in the past, approaching the content of the term "violations of human rights" to explain the truth from a criminal procedural focus and finally present some conclusions regarding the explanation of the truth about serious violations of human rights which will entail the explanation of the truth via a truth commission.

KEYWORDS: Violation of human rights - Criminal process - Procedural truth and real truth - Truth commission - Transition justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Violações dos direitos humanos - 3. Esclarecimento da verdade: 3.1 Esclarecimento da verdade como conceito jurídico; 3.2 Esclarecimento da verdade como conceito político; 3.3 Vantagens e riscos do esclarecimento da verdade - 4. Esclarecimento da verdade sobre graves violações dos direitos humanos - 5. Bibliografia.

"However, there is no peace without justice; there is no justice without truth, meaning the entire truth and nothing but the truth" (Prosecutor *vs.* Deronjic *[Case No. IT-02-61-S]. Dissenting Opinion of Judge Schomburg, 30.03.2004, parágrafo 6).*

1. INTRODUÇÃO

Nos debates[1] sobre a adequação das respostas que devem ser dadas a situações de graves violações de direitos humanos é comum que se sustente que o esclarecimento da verdade, por meio de um processo penal ou do estabelecimento de uma comissão da verdade, contribui efetivamente para a formação de um registro histórico de fatos que pode ser aceito por todas as partes afetadas pelo conflito e pela sociedade em geral.[2]

Afirma-se, ainda, que tal opção contribui efetivamente para que se realize uma "justiça transicional", sem que haja um entendimento suficientemente amplo sobre o caminho que se "transita" quando se aplica este termo,[3] incluindo aqui as implicações normativas do adjetivo "transicional".[4] Entre aqueles que usam esse termo, sequer existe um entendimento se si trata de um *epitheton ornans*, a saber, se o adjetivo "transicional" tem como objetivo qualificar uma determinada qualidade de "justiça", além do ideal de "a justiça",[5] tal como se

1. Conferência apresentada no 17.º Seminário Internacional de Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), São Paulo, Brasil, 25.08.2011. Tradução do texto original em espanhol ao português por Pedro Dannemann e revisão da tradução por Prof. Dra. Ana Lucia Sabadell, ambos da Universidade Federal do Rio de Janeiro.
2. Cf. MCCONNACHIE, Kirsten. Susanne Karstedt (ed). Legal institutions and collective memories (Book review). *Theoretical Criminology* 14/549-551 (549).
3. Cf. QUINN, Joanna R. Whither the "transition" of transitional justice? *Panel: Why didn't they think of that? Emerging questions and outliers in transitional justice theory*. Waterloo: Canadian Political Science Association (em vias de publição).
4. Sobre o caráter ambíguo deste termo cf. SIMON, Jan-Michael. Violencia Masiva Patrocinada por el Estado. Responsabilidad Criminal y "Reconciliación". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 112/273-292 (275); do mesmo autor: Criminal accountability and reconciliation. Criminal law dealing with political mass violence in South Africa, Rwanda and El Salvador. In: ALBRECHT, Hans-Jörg; SIMON, Jan-Michael; REZAEI, Hassan et al (eds.). *Conflicts and conflict resolution in Middle Eastern societies. Between tradition and modernity*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 99-116 (99 e ss.), como já antes Przemoc popierana przez państwo. Odpowiedzialność karma a pojednanie. *Ius et Lex* 2/160-173 (163 e ss.).
5. Cf. MÉNDEZ, Juan E. Editorial note. *Journal of Transitional Justice* 3/157-162 (157).

pretendem adjetivos como "restaurativo", apesar de todas as discrepâncias sobre os princípios e conceitos que fundamentam o termo "justiça restaurativa".[6]

Por isso, independentemente do *policy framework* da "justiça transicional", que compreende procedimentos de rendimento de contas, justiça e reconciliação para resolver os problemas derivados de um passado de abusos de grande escala[7] e que tem como base tanto observações (positivistas) estruturalistas sobre o marco de procedimentos disponível para confrontar estes abusos em uma transição democrática[8] – como interpretações (holístico) funcionalistas que sustentam o objetivo social destes procedimentos[9] –; esta breve exposição se limita a refletir sobre a afirmação que o esclarecimento da verdade contribuirá para um registro histórico de graves violações dos direitos humanos que é aceito por todas as partes na sociedade afetada por estas violações, incluindo as vítimas.

Com este objetivo, e a fim de abordar o debate no Brasil sobre o esclarecimento da verdade das graves violações aos direitos humanos no passado, (item 2) primeiro se tratará o *explanandum* do "esclarecimento da verdade", a saber, o termo "violações dos direitos humanos", para logo (item 3) explicar o "esclarecimento da verdade", com um enfoque no processo penal, e por último (item 4) apresentar algumas conclusões a respeito do esclarecimento da verdade sobre graves violações dos direitos humanos que abarcarão o esclarecimento da verdade por meio de uma comissão da verdade.

2. VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Como sabiamente pontua *Tomuschat*,[10] o conceito dos "direitos humanos" goza de popularidade entre os políticos, assim como de forma geral entre todos os atores sociais. Normalmente se acolhem "os direitos humanos" para apre-

6. Cf., ao contrário de muitos, os aportes na primeira parte do livro editado por ZEHR, Howard; TOEWS, Barb (eds.). *Critical issues in restorative justice*. Monsey: Criminal Justice Press, 2004. p. 1-60.

7. Cf. *The rule of law and transicional justice in conflict and post-conflict societies*. Reporto f the Secretary-General, UN Doc. S/2004/616, 23.08.2004, parágrafo 8, e a *Guidance note of the Secretary General. United Nations approach to transitional justice*. Março de 2010, 3.

8. Cf., ao contrário de muitos: KRITZ, Neil. J. *Transitional Justice. How emerging democracias reckon with former regimes*. Washington: United States Peace Institute, 1995. 3 vol.

9. Cf., ao contrário de muitos: POPKIN, Margaret L.; ROHT-ARRIAZA, Naomi. Truth as justice: Investigatory commissions in Latin America. *Law and Social Inquiry* 20/79-116.

10. TOMUSCHAT, Christian. *Human rights. Between idealism and realism*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2008. p. 1.

sentar críticas e demandas. No entanto, como acontece frequentemente com outros termos populares, na maioria das vezes os fundamentos e elementos deste conceito são imprecisos e pouco concretos.

É claro que esta ambiguidade conceitual dos "direitos humanos", se deve tanto ao horizonte como às intenções de quem utiliza tal conceito. Deste modo, por exemplo, o discurso teológico-cristão baseará seu conceito de "direitos humanos" em Deus.[11] Isto, mesmo quando o teólogo seja consciente das demais perspectivas conceituais sobre "os direitos humanos".[12]

Já o filósofo buscará estabelecer seu próprio sistema que lhe permite classificar determinadas demandas como "típicas dos direitos humanos", desclassificando outras por considerá-las desprovidas de tal qualidade. Esta disputa jus filosófica clássica do mundo ocidental se estabelece entre o terreno jus naturalista (Pufendorf, Kant, Hegel) e o terreno jus positivista (Kelsen, Ross, Hart). Aqui também se incluem as correntes mais ideológicas: as teses realistas, por um lado (Marx, Adorno), e as utilitaristas, pelo outro (Mill, Rawls).[13]

Além das perspectivas teológicas e filosóficas, também se situam as observações sociológicas sobre "os direitos humanos". Desta forma, por exemplo, na versão funcional-estrutural da teoria sociológica, os "direitos humanos" têm a função da integração simbólica da sociedade mundial, na qual os atores estatais e não estatais podem referir-se aos "direitos humanos", sem a limitação do estado nacional-territorial.[14]

Em último lugar, mas não menos importante, também se situa a ótica do jurista. Este classificará uma demanda de "direitos humanos" como tema jurídico sempre quando esta seja suscetível de ser qualificada como elemento do "sistema legal". Obviamente, este sistema, por sua vez, requer uma definição conceitual. E, naturalmente, apresentam-se as mesmas diferenças jus filosóficas, tal como no caso da disputa conceitual sobre "os direitos humanos".

---

11. Cf. JUAN XXIII. *Carta encíclica pacem in terris. Acta Apostolicae Sedis*. Reproduzido por: DENZINGER, Heinrich; HÜNERMANN, Peter (eds.) *Kompendium der Glaubensbekenntnisse und krichlichen Lehrentscheidungen*. 40. ed. Freiburg: Herder, 2005. p. 1129-1155; *Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral*. São Paulo: Loyola, 2007. p. 887-905 (tradução do original DENZINGER/HÜNERMANN, 37. ed., 1991).

12. Cf. com respeito à autonomia do conceito político dos direitos humanos: HENKIN, Louis. Religion, religions, and human rights. *Journal of Religious Ethics* 26/229-239.

13. Cf. amplamente a introdução geral de: DONNELY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. 2. ed. Ithaca: Cornell University Press, 2003. p. 13 ss.

14. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp (taschenbuch Wissenschaft 1183), 1995. p. 571 ss.; *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 648 e ss. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 479 e ss.

Portanto, o jurista não tem outra opção a não ser tomar uma posição. A posição que aqui se toma é aquela que caracteriza o sistema legal com dois critérios: Primeiro, se trata de um sistema normativo, desenhado para ser aplicado a todos os membros de uma determinada comunidade humana; segundo, este sistema normativo abarca de forma geral mecanismos de imposição de normas.

Assim, as normas de um ordenamento legal, diferentemente das normas morais ou éticas, não se dirigem exclusivamente à consciência humana. As normais legais são parte de um ordenamento que expressa uma obrigatoriedade de cumprimento, confiado ao cuidado de uma autoridade pública de uma respectiva comunidade; e, estas normas devem ser energeticamente defendidas, devendo, o sistema, sancionar a quem cometa uma infração contra o ordenamento legal (eficácia das normas jurídicas).[15]

Além disso, o sistema legal é um instrumento por meio do qual a sociedade regula os contatos entre seus membros. Sua função consiste, enquanto instituição social, na possibilidade de ofertar segurança jurídica, de formar expectativas acertadas sobre o comportamento do outro, contra o risco de ser defraudadas pela prática social real.[16]

Os direitos humanos são, portanto, um elemento do ordenamento legal, tanto em seu sentido jurídico como social; e, consequentemente, uma violação dos direitos humanos significa ao mesmo tempo uma infração contra o ordenamento jurídico e contra a realização do risco social de formar expectativas acertadas dentro deste ordenamento.

3. ESCLARECIMENTO DA VERDADE

Uma vez localizado o sentido de "violações dos direitos humanos", segue a análise do "esclarecimento da verdade".

Se partirmos de uma concepção legal de "violações dos direitos humanos", tal como se acaba de afirmar, igualmente a verificação do "esclarecimento da verdade" deve guardar relação com o sistema legal. A maneira mais óbvia de estabelecer a relação entre o "esclarecimento da verdade" de violações dos direitos humanos e o sistema legal radica no interesse de esclarecer a responsabilidade de indivíduos por estas violações,[17] sem prejuízo de uma possível responsabilidade ultrapasse a esfera individual, para o que se recorre a uma indagação através de

15. Cf. para tudo a introdução de: TOMUSCHAT, op. cit. n. 10, 1-6.

16. LUHMANN, op. cit. n. 14, 136 e ss.

17. Sobre os interesses nas relações internacionais em respeito à responsabilidade internacional do Estado por violações dos direitos humanos cf. BIRD, Annie. Third sta-

um processo judicial, sobre tudo mediante um processo penal,[18] a fim de sancionar a responsabilidade individual com uma pena proporcional.

Além de constatar o óbvio, que é que o resultado do procedimento corresponde à natureza do procedimento, ou seja, que a verdade de um procedimento judicial em matéria penal é uma verdade judicial penal,[19] identifica-se como ponto problemático a ausência de estudos sobre as limitações que sofre um procedimento judicial em matéria penal para alcançar este objetivo de contribuir para o esclarecimento da verdade e formação de um registro histórico sobre graves violações de direitos humanos.

Estas limitações residem tanto no conceito jurídico como no conceito político do processo penal, implicando na assunção de riscos que uma sociedade que busca esclarecer graves violações dos direitos humanos deve refletir e tratar, antes que se ponha em andamento um determinado procedimento para alcançar este objetivo.

3.1 Esclarecimento da verdade como conceito jurídico

O processo penal é, apesar de suas diferenças conceituais com a análise histórica,[20] em grande medida um método de indagação histórica regulado em formas jurídicas.[21] Isto ocorre porque o processo penal consiste em averiguar uma hipótese histórica que constituí o objeto do processo,[22] apesar de não ser

---

te responsibility for human rights violations. *European Journal of International Law* 21/883-990.

18. Sobre os limites da *civil litigation* ao estilo "Filártiga", além dos Estados Unidos cf. STEPHENS, Beth. Translating Filártiga: A comparative and international law analysis of domestic remedies for international human rights violations. *Yale Journal of International Law* 20/1-57 (21 e ss.).

19. Cf., ao contrário de muitos: AMBOS, Kai. O marco jurídico da justiça de transição. Reflexões sobre a justiça de transição no Brasil. Em: ZILLI, Marcos; ROCHA DE ASSIS MOURA, Maria Thereza et al (eds.). *Anistia, justiça e impunidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 21-132 (49 s.).

20. Cf. o ensaio sobre o caso de Adriano Sofri do historiador: GINZBURG, Carlo. *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al proceso Sofri*. Torino: Giulio Einaudi Ed., 1991, passim; como, em particular respeito à justiça internacional penal, a crítica de: DAMAŠKA, Mirijan. What is the point of international criminal justice? *Chicago-Kent Law Review* 83/229-365 (338).

21. MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. t. I (Fundamentos), p. 847.

22. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 51 e ss.

uma recapitulação de um evento no passado.[23] Este é o sentido do processo penal em sua dimensão temporal.

Como é sabido, em uma dimensão substantiva – empregando a terminologia de *Langbein*,[24] na matéria que segue[25] – o objetivo do modelo europeu de processo penal[26] é concebido como um processo de averiguação da verdade "real".[27] Contrariamente ao modelo contraditório do processo penal,[28] esta concepção da verdade "real"[29] é materialmente um ideal irrealizável em sua plenitude. Isto foi especialmente evidenciado na apreciação de uma sentença do Tribunal Federal de Justiça alemão, onde se estabelece "que a verdade deva ser investigada a qualquer preço, não é um princípio fundamental do Código de procedimento penal".[30]

Além de considerações normativas óbvias sobre a limitação do processo penal na busca pela verdade por parte dos direitos fundamentais e processuais,[31] esta afirmação do Tribunal Federal de Justiça se explica pela mera existência do principio

23. JUNG, Heike. Facts, impressions and confessions about truth in criminal procedure. In: DUFF, Antony; FARMER, Lindsay; MARSHALL, Sandra et al (eds.). *The trial on trial*. Oxford and Portland: Hart, 2004. t. 1 (Truth and due process), p. 147-156 (154).

24. Cf. LANGBEIN, John H. *The origins of adversary criminal trial*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 331 ss.

25. A presente argumentação se limita a discussão geral sobre o rol da verdade no processo penal, sem a necessidade de discutir aqui suas implicações para a diferenciação entre um processo "inquisitivo" e "contraditório", e suas variantes.

26. Para o propósito do argumento, se empregam os termos "europeu" e "contraditório" como categorias de tipo ideal; crítico sobre esta metodologia enquanto à outras distinções como é a diferença entre o processo "inquisitivo" *vs.* "contraditório": JUNG, op. cit. n. 23, 153.

27. Para o processo penal alemão cf. decisão do Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 57, 250 (275).

28. Sobre a base histórica desta diferença fundamental cf. LANGBEIN, op. cit. n. 24, passim. No entanto, tão pouco fazem falta pronunciamentos na jurisprudência da Corte Suprema dos EE.UU. que postulam "(t)he basic purpose of a trial is the determination of truth"; cf. para uma crítica: HAAK, Susan. Of truth, in science and in law. *Brooklyn Law Review* 73/563-586.

29. Para uma análise equilibrada sobre o tema, cf. o trabalho de: LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translation: The globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal* 45/1-64 (4, passim).

30. BUNDESGERICHTSHOF. *BGHSt* 14/358-366 (365) = BGHSt 14, 358, 365.

31. Cf., ao contrário de muitos: HASSEMER, Winfried. A responsabilidade penal por crimes de Estado e a mudança de sistema político na Alemanha, sob a análise das causas de justificação. *Nueva Doctrina Penal* 1998-1/73-85 (75), como também a: MUÑOZ CON-

do efeito da coisa julgada, a saber, da possibilidade de uma decisão incorreta, mas firme e obrigatória, para não mencionar a figura ainda mais flagrante da negociação processual,[32] que está cada vez mais presente no modelo europeu do processo penal,[33] e que aponta para uma fundamentação consensual da verdade processual – e da sanção[34] – ao invés de sua fundamentação na teoria da correspondência.[35]

Esta afirmação é certa, porque ainda assim não se trate de uma averiguação da verdade real, mas sim, nas palavras de *Carnelutti*, do mesmo processo de fixação formal de feitos,[36] a saber, algo que só pode se entender normativamente, mas não epistemologicamente,[37] *id est* independentemente das implicações cognitivas que têm qualquer indagação do passado,[38] pelo que tão pouco tem sentido diferenciar entre uma verdade "material" e "formal".[39]

DE, Francisco. *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003. p. 107.

32. Cf. WEIGEND, Thomas. Is the criminal process about truth? A German perspective. *Harvard Journal of Law & Public Policy* 26/157-173 (171).

33. Cf. a crítica contra o novo Art. 257 c do CPP alemão de: SCHÜNEMANN, Bernd. Ein deutsches Requiem auf den Strafprozess des liberalen Rechtsstaats. *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2009/104-107 (105) e, ao invés, o balanço mais equilibrado de: FEZER, Gerhard. Inquisitionsprozess ohne Ende? Zur Struktur des neuen Verständigungsgesetzes. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2010/177-184.

34. ALBRECHT, Hans-Jörg. Sistemas de sanciones penales: Presente y futuro. In: MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES STRAFRECHT / INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES (eds.). *Hacia la unificación del Derecho penal: Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y en el mundo*. México: Inacipe, 2006. p. 803-851 (833).

35. JUNG, op. cit., n. 23, p. 155.

36. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. p. 27.

37. HASSEMER, op. cit. n. 31, 75. Ao invés disso, uma advertência que pode levar a uma reinterpretação epistemológica prevê LAUDAN, Larry. *Truth, error, and criminal law: An essay in legal epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. passim.

38. Cf. respeito à historiografia: JUNG, op. cit. n. 23, p. 154 s. O problema radica em que imagens sobre o tempo, dividas em passado, presente e futuro, são observações e descrições de condições temporais, sem que haja uma possibilidade de observar a modalidade do tempo em antes e depois, pelo que tudo que acontece, acontece pela primeira e única vez, incluindo a própria observação do tempo; cf. sobre este problema fundamental: LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos*. Berlin-New York: De Gruyter, 1991. p. 41 e ss. *Risk: A sociological theory*. Berlin/New York: De Gruyter, 1991. p. 33 e ss.; *Sociología del riesgo*. México: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 79 ss.

39. Cf., compartilhando este resultado mesmo sem a presente justificação:VOLK, Klaus. Diverse Wahrheiten. ESER, Albin; KULLMANN, Hans Josef; MEYER-GOSSNER, Lutz et al (eds.). *Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin. Festschrift für Hannskarl Salger*. Köln: Heymanns, 1995. p. 411-419 (412).

Por não ser a verdade processual uma verdade real, e recorrendo aqui a análise de *Hassemer*,[40] parte-se de um conceito da verdade processual penal que se esgota em uma verdade forense, cujo objetivo é codeterminado pelas condições jurídico-normativas que se aplicam em um caso concreto, e que nele se diferencia da verdade "histórica".[41] Uma vez dadas as condições que permitam a decidibilidade em abstrato e a decisão em concreto desta verdade, incluindo o poder do juiz de verificação jurídica, fática, de conotação e de valoração,[42] o sentido desta verdade processual-real se esgota ao distinguir corretamente, a saber, sob as condições mencionadas, entre o direito vigente e o não vigente, e o que está no caso concreto de acordo com este direito e o que não está de acordo com este direito.[43]

3.2 Esclarecimento da verdade como conceito político

Além desta função de controle metodológico através da lógica jurídica, a concepção da verdade como objetivo do processo penal tem, sobretudo, uma função político-estrutural.[44] Esta função político-estrutural está vinculada, no modelo europeu de processo penal, ao principio da legalidade processual e busca justificar tanto a exclusão da vontade dos particulares na decisão do caso penal, como a definição da persecução penal como tarefa estatal necessária e inevitável, e ademais, a ampliação dos poderes dos órgãos persecutórios.[45]

Assim mesmo, a maioria dos processualistas considera que o sentido último do processo penal é a "paz jurídica".[46] Esta construção normativa da "paz" se

40. HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. München: Beck, 1981. p. 153; *Fundamentos del Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984, p. 190.

41. Id., op. cit. n. 31, p. 75.

42. Para uma análise epistemológica da cognição judicial, incluindo uma diferenciação das variadas formas de poder que concorram nela, cf. a primeira parte da obra de: FERRAJOLI, op. cit. n. 22, p. 33 ss.

43. LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. 4. ed. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1997. p. 17; *Legitimação pelo procedimento*. Brasilia: Ed. UnB, 1980. p. 20 e ss.; para o processo penal, cf. PASTOR, Daniel. "Recht auf Wahrheit" durch den Strafprozess? In: HASSEMER, Winfried; KEMPF, Eberhard; MOCCIA, Sergio et al (eds.). In dubio pro libertate. *Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*. München: Beck, 2009. p. 541-558 (547).

44. A compreensão que os tipos processuais estão intimamente relacionados com estruturas da autoridade política consiste à base da análise de: DAMAŠKA, Mirijan. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 6.

45. BOVINO, Alberto. Juicio y verdad en el procedimiento penal. In: AA.VV. *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005. p. 220-224 (221 s.).

46. Para citar um representante importante na América Latina, o argentino *Maier*, op. cit. n. 211, p. 852.

explica pela lógica própria do procedimento de produzir a estabilidade de seu resultado. Agora, esta lógica colide com a necessidade do próprio procedimento, de garantir a solução de qualquer problema que se pleiteia por meio de uma decisão. Isto implica que o procedimento não pode ao mesmo tempo garantir que sua decisão seja sempre a correta;[47] é por isso que os processualistas constroem a relação entre a verdade e a "paz jurídica".

Obviamente, não é recomendável subestimar o poder social da convicção de um valor como a "paz", porém, devemos recordar que normativamente esta construção da relação entre a verdade e "paz jurídica" produz muito mais confusão do que clareza, justamente porque com ela não se define se o processo está desenhado para produzir decisões corretas ou incorretas a fim da verdade ou da "paz", a saber, da estabilidade da decisão.[48]

É claro que este diagnóstico tão pouco muda quando uma "dialética" do direito processual define no caso em concreto que a decisão materialmente correta, ou a formalmente correta, ou a que restabelece a "paz jurídica", deve prevalecer sobre as demais, como propõem *Roxin/Schünemann*[49] e, de forma mais ampla ainda, *Damaška*.[50] Ocorre que com tal argumentação só se define um *modus operandi* do processo penal, mas não é possível definir o seu objetivo, o que *Schünemann* – a pesar de seu postulado da "dialética" entre o materialmente correto, ou formalmente correto, e a "paz jurídica" – segue identificando como "ponto arquimédico do processo penal" na "verdade material".[51]

3.3 Vantagens e riscos do esclarecimento da verdade

É válido perguntar se o esclarecimento da verdade pode, na realidade, vir a ser o objetivo do processo penal.[52] Desde a perspectiva jurídica, a resposta a esta pergunta indica uma das diferenças centrais entre o modelo europeu do processo penal e o modelo contraditório do processo penal,[53] ademais de ou-

47. LUHMANN, *Legitimation durch...* cit., n. 43, p. 21.

48. Idem, p. 17.

49. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 26. ed. München: Beck, 2009. p. 2-3.

50. *Damaška*, Mirijan. Truth and adjudication. Em: Hastings Law Journal, t. 49 (1998), 289-308 (301 ss.).

51. SCHÜNEMANN, Bernd. Zur Kritik des amerikanischen Strafprozessmodells. In: WESSLAU, Edda; WOHLER, Wolfgang (eds.). *Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter Recht, 2008. p. 555-575 (559).

52. Cf. sobre o procedimento de forma geral LUHMANN, *Legitimation durch* cit., n. 43, p. 22.

53. Cf. a referência à LANGBEIN, op. cit. n. 28.

tros aspectos.[54] No entanto, independentemente desta diferenciação, o que não deve subestimar-se é a função social de um valor como "a verdade".

A verdade é evidente por si mesmo. Com respeito à verdade não existem problemas específicos de reconhecimento[55] como tão pouco podem existir problemas particulares de legitimidade com relação "a justiça" como valor.[56] A verdade é a verdade e o justo é o justo; e a pesar da diferença epistemológica entre *verum e certum*,[57] a decisão correta do procedimento leva socialmente à premissa da veracidade da mesma.[58]

Sob estas condições, a verdade é aceita como tal por ser o produto de uma decisão processual, o que, desde uma perspectiva política, se encaixa com o conceito de "auctoritas".[59] Desta perspectiva, não cabe duvida do alto potencial de eficiência que o mecanismo da descoberta da verdade tem em casos de delinquência ordinária. Eficiente no sentido de criar conformidade com as decisões da justiça penal, sempre e quando este resultado não seja confundido por outras realidades, sobretudo, aquelas produzidas pelos meios massivos de comunicação,[60] tanto para a veracidade do resultado mesmo ou para a idoneidade dos atores envolvidos no procedimento.

Por outro lado, considera-se arriscado apontar a sua eficiência em relação às decisões judiciais sobre graves violações dos direitos humanos, especialmente

54. Ao contrário do que é a busca da verdade como objetivo de qualquer modelo processual-penal, por exemplo, PASTOR, op. cit. n. 43, p. 547.

55. Cf. com referência à Carta Sétima de Platô, ARENDT, Hannah. *Between past and future. Six exercises in political thought*. New York: Viking Press, 1961. p. 107, 136.

56. LUHMANN, *Legitimation durch...* cit., n. 43, p. 22.

57. Sobre esta diferença fundamental no conceito epistemológico de Vico, cf. a obra de BERLIN, Isaiah. *Against the current. Essays in the history of ideas*. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 111 ss.

58. LUHMANN, op. cit. n. 43, p. 22.

59. E não "melhor" que no conceito de "veritas" como mantém JUNG, op. cit., n. 23, p. 155, por tratar-se, desde a perspectiva política, essencialmente de uma expressão de poder sobre o que deve ser considerado "correto" e "não correto".

60. Cf. sobre a realidade dos meios massivos de comunicação a obra fundamental de LUHMANN, Niklas. *Die Realität der Massenmedien*. 3. ed. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2004. passim; *La realidad de los medios de masas*. Barcelona: Anthropos, 2000. passim. Para um estudo empírico com respeito à influência geral dos meios de comunicação sobre a percepção (positiva) da administração da justiça nos Estados Unidos cf. JOHNSTON, Christopher D.; BARTELS, Brandon L. Sensationalism and sobriety. Differential media exposure and attitudes toward American courts. *Public Opinion Quarterly* 74/260-285.

em casos de violência coletiva. Como foi demonstrado em outra ocasião,[61] sem dúvida, a justiça penal é um sistema de reação "bem-vindo", também nos casos de violações de direitos humanos citados, bem-vindo porque o sistema penal reduz a complexidade perturbadora da violência a um conjunto de relações causais e responsabilidades individuais decorrente de uma determinada pratica delitiva.

Normativamente, o sistema penal alcança esta redução por meio de tipos penais amplos, como, por exemplo, a matança (lat. *cide*) da raça (gr. *genos*), ou seja, o *genos cide* – genocídio.[62] Também não fazem falta construções normativas relativas à imputação, que permitem construir autores mediatos em "aparelhos organizados de poder", ou autores por responsabilidade acessória em "empresas criminais conjuntas".[63]

Agora, por mais que estas e outras construções normativas possam trazer coerência normativa a um sistema penal contra graves violações dos direitos humanos, e simultaneamente ilustrar sua realidade violenta sob o postulado da verdade, essencialmente estas construções sempre se esgotam no processo de produção de uma decisão correta.

Com isso não se diminui o risco da aposta na força persuasiva do mecanismo da verdade processual penal, em criar conformidade por meio de decisões sobre casos de graves violações dos direitos humanos, especialmente em casos de violência coletiva. Isto, principalmente, por duas razões.

Em primeiro lugar, devido aos fortes sentimentos de unidade que gera a intensidade da experiência violenta.[64] Estas "comunidades de violência", para usar o termo de *Höffe*,[65] dificilmente aceitarão o resultado de um procedimento como

---

61. Cf. SIMON, Jan-Michael. La función del Derecho penal en casos de violencia coletiva: Algunas consideraciones sobre los objetivos y efectos del Derecho penal en situaciones de post-conflicto. In: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (coord.). *Panorama internacional sobre justicia penal, política criminal, Derecho penal y criminología*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam, 2007. p. 555-566.

62. Idem, 563.

63. Cf. amplamente sobre as diferentes construções em mais de 40 ordenamentos jurídicos os informes em SIEBER, Ulrich; KOCH, Hans-Georg; SIMON, Jan-Michael (eds.). *Criminal masterminds and their minions. Punishing participants in complex criminal entities*. Berlin: Duncker & Humblot (em vias de publicação).

64. Na história da violência sempre criam-se entidades maiores, em primeiro lugar o Estado territorial; cf. VON TROTHA, Trutz. Über die Zukunft der Gewalt. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 85/349-368 (360 s.).

65. HÖFFE, Ottfried. *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*. München: Beck, 1999. p. 15-20.

correto, e muito menos como verídico, se não for incluído um "resgate" de sua identidade frente aos "outros", a saber, frente aos considerados perpetradores.[66]

Isto fundamentalmente, além da posição processual garantida ao imputado,[67] e por mais que se integre ao processo penal a vitima,[68] porque a própria decisão de quem é considerada vitima, e até mesmo quem não o é para os fins do processo, em suas diferentes fases,[69] é uma decisão que toma o próprio processo penal;[70] como obviamente também, em termos práticos, pelas limitações de capacidade e operatividade do processo penal, sobre tudo quanto à proteção das vitimas.[71]

A segunda razão pela qual a aposta na forca persuasiva da verdade processual é arriscada para o Estado, situa-se no papel do Estado como terceiro que intervêm nos casos de graves violações dos direitos humanos.[72] Isto é óbvio quando a hipótese histórica do processo penal consiste na averiguação de graves violações

66. Com respeito à dados sobre os níveis de satisfação de vítimas enquanto à sua inclusão geral a procedimentos que respondem a sua vitimização, cf. STROBL, Rainer. Becoming a victim. In: GIORA SHOHAM, Shlomo; KNEPPER, Paul; KETT, Martin (eds.). *International Handbook of Criminology*. Boca Raton-FL:Taylor & Francis, 2010. p. 3-42 (34-37).

67. Cf. a afirmação referida supra n. 31.

68. Cf. por um lado, a crítica fundamental contra o "cortejo triunfal" da vítima de VON TROTHA, op. cit. n. 64, p. 365-367 e, pelo outro, a posição FINDLAY, Mark. Activating a victim constituency in international criminal justice. *International Journal of Transitional Justice* 3/183-206.

69. Cf. para o rol da vítima nas diferentes fases do processo contraditório SHAPLAND, Joanna ; HALL, Matthew. Victims at court: Necessary accessories or principal players at centre stage? In: BOTTOMS, Anthony; ROBERTS, Julian V. (eds.). *Hearing the victim. Adversarial justice, crime victims and the State*. Cullompton: Willian Publishing, 2010. p. 163-199.

70. Isto é ignorado por WEMMERS, Jo-Anne. Where do they belong? Giving victims a place in the criminal justice process. *Criminal Law Forum* 20/395-416. Sobre uma proposta de um conceito amplo de vitimização e sua integração ao processo penal, cf. SEBBA, Leslie. The individualization of the victim: From positivism to postmodernism. In: CRAWFORD, Adam; GOODEY, Jo (eds.). *Integrating a victim perspective within criminal justice. International debates*. Aldershot: Ashgate, 2000. p. 55-76 (69 s.).

71. Cf. para o caso do TPI a ampla crítica contra a prática do Tribunal de CHUNG, Christine. Victims' participation at the International Criminal Court: Are concessions of the Court clouding the promise? *Northwestern Journal of International Human Rights* 6/459-545.

72. Cf. ALBRECHT, Hans-Jörg. Prospects of an intercultural dialogue on retaliation, punishment and reconciliation. Em: ALBRECHT; SIMON; REZAEI et al (eds.), op. cit. n. 4, p. 1-12 (5).

dos direitos humanos perpetrados precisamente em nome – ou em conta – do próprio Estado.[73] No entanto, o problema reside na questão mais fundamental da construção do mesmo Direito penal: é uma característica fundamental do Direito penal, que o Estado, com o castigo penal, sempre chega tarde.

Todos sabem que uma estratégia para manter as expectativas de segurança violadas no passado é tentar assegurá-las para o futuro por meio do exemplo do castigo penal. Com este se postula que a pena não só tenha uma função retributiva em relação ao passado, mas também uma função preventiva para o futuro, de maneira geral em relação à sociedade, ou especial para os violadores das normas penais.[74] Este mecanismo persuasivo de antecipação do futuro tem um potencial considerável para a política, em particular para o que é normalmente chamado de "política criminal". O potencial consiste fundamentalmente na promessa aos cidadãos de garantir sua segurança apesar de uma experiência decepcionante. Como foi esclarecido em outra oportunidade,[75] cumpre-se essa promessa, no discurso político-criminal, trocando entre a segurança objetiva contra a ameaça e a segurança subjetiva contra o medo.

Agora, em casos de graves violações dos direitos humanos, apesar de ter mostrado seu potencial persuasivo, em relação à segurança contra a delinquência ordinária na "guerra contra o crime" e, além disso, na "guerra contra o terrorismo",[76] a aposta político-criminal no rendimento do postulado da prevenção é arriscada. Isto não só – mesmo de forma primaria – porque a experiência com as dinâmicas de violência colocam de forma evidente as inconsistências da ideia de sua prevenção, por mais que seja postulada enfaticamente em leis e tratados internacionais;[77] mas ainda mais, porque em casos de graves

73. Sobre a delinquência do Estado na América Latina e seu trato posterior pelo estado de Direito cf. os aportes em: ARNOLD, Jörg; SIMON, Jan; WOISCHNIK, Jan (eds.). *Estado de Derecho y delincuencia de Estado en América Latina: Una visión comparativa*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam, 2006.

74. Cf. a crítica ampla de: HASSEMER, Winfried. Sicherheit durch Strafrecht. In: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT A.M. (ed.). *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Frankfurt a.M.: Peter Lang, 2007. p. 99-137.

75. Cf. SIMON, Jan-Michael. ¿Tutela penal de los derechos humanos? Em: MACHADO, Marta; PUESCHEL, Flavia (eds.). *Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito*. São Paulo: Fundação Getulio Vargas (em vias de publicação).

76. Cf. para o caso dos Estados Unidos, SIMON, Jonathan. *Governing through crime: How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. New York: Oxford University Press, 2007. passim.

77. SIMON, *La función del derecho penal*... cit., n. 61, p. 558-560.

violações dos direitos humanos, especialmente em casos de violência coletiva, a violência real nelas é de uma extensão social tão ampla que a falha da promessa estatal de segurança é manifesta, de modo que o "medo da violência súbita e terrível"[78] dificilmente se pode aliviar com a sanção penal.

Sob estas condições, e conscientes todos do contexto político que marca essa situação de colapso de monopólio de poder,[79] a simples promessa de prevenção através da repressão penal dificilmente convencerá. E como o processo penal concretiza o Direito penal substantivo,[80] ao menos em quanto ao seu objetivo preventivo, ao postular a realização deste objetivo duvidoso em casos de graves violações dos direitos humanos, assume-se o risco que as vítimas afetadas por estas violações não aceitem o resultado deste procedimento como veraz e, muito menos, o identifique, no âmbito social, como uma contribuição ao registro histórico de seu processo de vitimização.

Resumindo, se pode concluir que tanto os espaços da participação, como a promessa da prevenção, correm o risco de fracassar e não convencer as vítimas e demais membros da comunidade sobre a veracidade do resultado processual penal. Com isto não se questiona, obviamente, o valor do controle interno do postulado da "verdade processual" para o sistema processual penal, ou seja, se comparte plenamente a afirmação de *Luigi Ferrajoli* que "(S)e uma justiça penal, completamente 'com verdade' constituí uma utopia, uma justiça penal completamente 'sem verdade' equivale a um sistema de arbitrariedade".[81] Além disso, o que é questionado é a função preventiva[82] e reparadora[83] que se atribui a verdade processual penal, além das verdades imediatas e obvias do processo penal da responsabilidade individual e suas circunstancias, incluindo o *modus operandi* e aos *corpi delicti*, em relação às comunidades de violência.[84]

---

78. SIMON, *Governing through crime.*. cit., n. 76, p. 3.

79. Sobre as estratégias de como a política influencia sobre o que quer, na medida do que considera possível, cf. a obra fundamental de: EDELMANN, Murray. *The symbolic uses of politics*. Urbana: University of Illinois Press, 1967. passim.

80. BOVINO, op. cit., n. 45, p. 221.

81. Cf. FERRAJOLI, op. cit., n. 22, p. 45; cf. também: WEIGEND, Thomas. Unverzichtbares im Strafverfahren. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113/271-304 (303 s).

82. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bámaca Velásquez *vs.* Guatemala (Reparações). Sentencia de 22 de febreiro de 2002. Serie C n. 91, parágrafo 77.

83. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Páez *vs.* Peru (Fundo). Sentencia de 03 de novembro de 1997. Serie C n. 34, parágrafo 90.

84. Tal como o estabelece a jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Massacre de La Rochela *vs.*

4. ESCLARECIMENTO DA VERDADE SOBRE GRAVES VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Frente a essas dificuldades indicadas resta a pergunta de como pode aumentar-se a probabilidade de alcançar a meta de um registro histórico-social sobre esta qualidade de violações de direitos humanos, que seja aceito por todas as partes na sociedade afetada.

Obviamente, existem diversas técnicas culturais que ao largo da historia da civilização tem sido desenvolvidas para analisar e avaliar uma experiência violenta do presente-passado em um determinado momento e um determinado lugar. Estas técnicas, incluindo as mais avançadas nas sociedades altamente diferenciadas tal como a historiologia, têm todas um potencial próprio para contribuir a um registro histórico sobre experiências violentas, sem esquecer-se de seus riscos[85] para a meta de que o resultado seja aceito por todas as partes na sociedade afetada, não só como nos ensina o famoso "Historikerstreit" na Alemanha Ocidental dos anos 1980s sobre a singularidade do Holocausto.[86] No entanto, quando a meta é regenerar um registro histórico-social sobre graves violações dos direitos humanos como infrações do ordenamento jurídico, estas técnicas devem estar vinculadas ao este sistema jurídico, para justamente preservar a relação entre o *explanans* e o *explanandum* ao invés de confundi-lo com um *aliud*.

Desde que o sistema jurídico se encontra nas mãos do Estado, este tem "ensaiado" diferentes técnicas jurídicas pra enfrentar violentas infrações de seu ordenamento jurídico. Estas técnicas variam desde o pleno esclarecimento da responsabilidade individual e a imposição plena de suas consequências punitivas, até não esclarecer a responsabilidade individual de fato, ou de direito através de diversos mecanismos, empregando também o "esquecimento", em

---

Colômbia (Fundo, Reparações e Custos). Sentencia de 11 de maio de 2007. Serie C n. 163, parágrafo 195; cético, neste sentido, em relação à Corte Penal Internacional, SEBBA, Leslie. Formal and informal conflict resolution in international criminal justice. In: ALBRECHT; SIMON; REZAEI et al (eds.), op. cit., n. 4, p. 25-43 (35 ss.).

85. Cf. com relação à historiologia a referência à Johannes Fried de JUNG, op. cit., n. 22, p. 154.

86. Cf. AUGSTEIN, Rudolf et al. *"Historikerstreit". Die Dokumentation der Kontroverse um die Einzigartigkeit der nationalsozialistischen Jugendvernichtung*. 2. ed. München: Piper, 1987; *Forever in the shadow of Hitler? Original documents of the Historikerstreit, the controversy concerning the singularity of the Holocaust*. Atlantic Highlands: Humanities Press, 1993.

grego *amnestia*, ou seja, a anistia,[87] às vezes combinando-a com a condição da revelação dos fatos que tenham causado a infração,[88] como também combinando a facilitação de informação do indivíduo responsável em troca de um desconto na consequência punitiva de sua responsabilidade individual.[89]

Como se tem verificado em outras oportunidades em relação aos casos da Guatemala,[90] El Salvador, Ruanda, África do Sul[91] e Uganda,[92] no entanto sob condições e por razões diferentes, estas técnicas e outras, combinadas ou por elas próprias, possuem todas um sentido próprio, incluindo as diversas facetas da relação entre "reconciliação nacional" e responsabilidade criminal.[93]

Agora, considerando-se o que se acaba de explicar, o sentido de uma destas técnicas seria, citando-se aqui o exemplo concreto da Corte de Constitucional colombiana em relação à *Ley de Justicia y Paz Colombiana*, garantir "a possibilidade das sociedades de conhecer sua própria história, de elaborar um relato coletivo relativamente fidedigno sobre os fatos que a tenham definido, e de ter memória de tais feitos",[94] é evidente o risco de que esta meta não se alcance, se o procedimento não difere fundamentalmente do processo penal.

---

87. Para uma análise histórica e contemporânea da figura cf. PARKER, Robert. Fighting the sirens' song: The problem of amnesty in historical and contemporary perspective. *Acta Juridica Hungarica* 42/69-89.

88. Uma reflexão crítica sobre o exemplo – inédito – do procedimento de anistia da comissão da verdade sul africana prevê: JENKINS, Catherine. 'They have built a legal system without punishment': Reflections on the use of amnesty in the South African transition. *Transformation* 64/27-65.

89. Cf. amplamente sobre o exemplo da experiência colombiana com a Ley de Justicia y Paz que emprega tal lógica, a análise crítica de: SAFFON, Maria Paulau; UPRIMNY, Rodrigo. Uses and abuses of transitional justice in Colombia. In: BERGSMO, Morten; KALMANOVITZ, Pablo (eds.). *Law in peace negotiations*. Oslo: International Peace Research Institute, 2009. p. 217-243.

90. Cf. SIMON, Jan-Michael. La Comisión para el Esclarecimiento Histórico. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*106/147-203.

91. SIMON, Jan-Michael, *Violencia masiva*... cit. n. 4, passim.

92. SIMON, Jan-Michael, Entre o global e o local. Negociações de paz e Tribunal Penal Internacional. In: MONTE FERREIRA, Mario; CALHEIROS, Maria Clara; CONDE MONTEIRO, Fernando et al (eds.). *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do código de processo penal português*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 583-612.

93. SIMON, Jan-Michael, *Violencia masiva*... cit. n.4, passim.

94. CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE COLOMBIA. Sentencia C-370/06, 18 de maio de 2006, Expediente D-6032, M.P., 327.

No entanto, um procedimento que difere fundamentalmente do processo penal igualmente teria que enfrentar o risco da aposta na verdade. Por isso, do mesmo modo como no processo penal, o controle do risco de seu resultado ser aceito como veraz por todas as partes da sociedade afetada, depende da definição concreta do objetivo deste procedimento e da metodologia para alcançar a meta. Para este fim, baseado na análise abordada até aqui, se deve ter em conta os seguintes três pontos:

• Primeiro, no procedimento de esclarecimento de graves violações dos direitos humanos, as comunidades de violência devem ter um rol suficientemente amplo para reivindicar sua identidade na sociedade.

• Segundo, a informação gerada pelo procedimento de esclarecimento deve ser de tal qualidade que a sociedade conheça – e reconheça – onde e porque o Estado falhou na proteção dos direitos humanos, para evitar futuras violações.

• Terceiro, se a violência como objeto de esclarecimento é definida juridicamente, além de outras metodologias de indagação social aplicável, a colheita e classificação da informação deve seguir um padrão mínimo de formas jurídicas de investigação[95] sempre respeitando os direitos humanos de todos que participam neste processo, sobre tudo, quando se opta em fazer pública a responsabilidade individual por graves violações dos direitos humanos.[96]

Especificamente este último ponto tem sido frequentemente disputado no estabelecimento de comissões da verdade.[97] Em um contexto mais amplo, esta questão aponta para o problema geral, que o esclarecimento da verdade e a responsabilidade individual são estreitamente vinculados, e tem-se convertido em um instrumento comum para transformar a política nacional e as relações internacionais, quando se enfrenta um passado de graves violações dos direitos humanos.[98]

---

95. Cf. para uma análise comparativa das metodologias empregadas nas comissões da verdade do Haiti, África do Sul e Guatemala, CHAPMAN, Audrey R.; BALL, Patrick. The truth of Truth Commissions: Comparative lessons from Haiti, South Africa, and Guatemala. *Human Rights Quarterly* 23/1-43.

96. Uma proposta de um marco de garantias é desenvolvida por *Freeman*, Mark. Truth commissions and procedural fairness. Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 276 ss.

97. Id., 268 ss.; sobre as implicações operativas para o trabalho de uma comissão da verdade cf. o exemplo da Comissão para o Esclarecimento Histórico da Guatemala em SIMON, La Comisión... cit. n. 90, p. 168 ss.

98. Cf. MALAMUD GOTI, Jaime. Editorial note: A turbulent past and the problem with memory. *Journal of Transitional Justice* 4/153-165, 154.

Ante a situação particular na qual se encontra a República Federativa do Brasil no dia 25.06.2011, com uma anistia em vigor desde o ano 1979 (Lei 6.683/1979, de 28 de agosto), sem que se haja identificado aos presumidos responsáveis das graves violações dos direitos humanos no passado,[99] este último aspecto aqui mencionado constituí um tema pendente. Este tema pode ser tratado no caso da "Comissão Nacional da Verdade", ao menos com base no atual Projeto de Lei 7.376/2010, apresentado pelo Poder Executivo da República Federativa do Brasil em 20.05.2010. A diferença entre o que se estabelece nesse projeto em relação aos mandatos de outras comissões da verdade, como a do Chile e da Guatemala,[100] é que não se proíbe fazer "menção a nomes" e que se faculta à Comissão "promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forcados, ocultação de cadáveres e sua *autoria*".[101]

Agora, levando em conta o que foi dito anteriormente, resulta que a decisão do tema da responsabilidade individual no marco da "Comissão Nacional da Verdade" terá que tomar em conta a correlação entre as garantias processuais do indivíduo e a qualidade da verdade produzida, sobre tudo, mas não só, em respeito ao padrão de prova aplicável. Este balance deverá ser feito com muito cuidado, para garantir o êxito da "Comissão Nacional da Verdade" a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional (Art. 1.º, PL 7.376/2010), respeitando os direitos humanos de todos os brasileiros.

5. BIBLIOGRAFIA

ALBRECHT, Hans-Jörg. Prospects of an intercultural dialogue on retaliation, punishment and reconciliation. In: _____; SIMON, Jan-Michael; REZAEI, Hassan et al (eds.). *Conflicts and conflict resolution in Middle Eastern societies. Between tradition and modernity*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

_____. Sistemas de sanciones penales: Presente y futuro. In: MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES STRAFRECHT; INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES (eds.). *Hacia la Unificación del Derecho Penal: Logros y Desafíos de la Armonización y Homologación en México y en el Mundo*. México D.F.: Inacipe, 2006.

99. No que se refere às pessoas desaparecidas no contexto da "Guerrilha do Araguaia", cf. a sentença CORTE I.D.H. *Caso Gomes Lund e outros, "Guerrilha do Araguaia" vs. Brasil (Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custos)*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C n. 219, parágrafo 172.

100. SIMON, La Comisión... cit. n. 90, p. 167.

101. Art. 3 II Projeto de Lei 7.376/2010 (ênfase JMS).

AMBOS, Kai. O marco jurídico da justiça de transição. Reflexões sobre a justiça de transição no Brasil. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; ROCHA DE ASSIS MOURA, Maria Thereza et al (eds.). *Anistia, justiça e impunidade*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

ARENDT, Hannah. *Between past and future. Six exercises in political thought*. New York: Viking Press, 1961.

ARNOLD, Jörg; SIMON, Jan; WOISCHNIK, Jan (eds.). *Estado de Derecho y delincuencia de Estado en América Latina: Una visión comparativa*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam, 2006.

AUGSTEIN, Rudolf et al. "Historikerstreit". *Die Dokumentation der Kontroverse um die Einzigartigkeit der nationalsozialistischen Jugendvernichtung*. 2. ed. München: Piper, 1987.

_____. *Forever in the shadow of Hitler? Original documents of the Historikerstreit, the controversy concerning the singularity of the Holocaust*. Atlantic Highlands: Humanities Press, 1993.

BERLIN, Isaiah. *Against the current. Essays in the history of ideas*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

BIRD, Annie. Third state responsibility for human rights violations. *European Journal of International Law*. vol. 21. p. 883-990. Oxford: Oxford University Press, 2011.

BOVINO, Alber o. Juicio y verdad en el procedimiento penal. In: AA.VV. *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005. p. 220-224.

BUNDESGERICHTSHOF. *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*. vol. 14. p. 358-366 (BGHSt 14, 358).

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* vol. 57. p. 250-295 (BVerfGE 57, 250).

CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

CHAPMAN, Audrey R.; BALL, Patrick. The truth of Truth Commissions: Comparative lessons from Haiti, South Africa, and Guatemala. *Human Rights Quarterly*. vol 23. p. 1-43. Baltimore: John Hopkins University Press, 2001.

CHUNG, Christine. Victims' participation at the International Criminal Court: Are concessions of the Court clouding the promise? *Northwestern Journal of International Human Rights*. vol. 6. p. 459-545. 2008.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE COLOMBIA. Sentencia C-370/06, 18 de Mayo 2006, Expediente D-6032, M.P.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bámaca Velásquez* vs. *Guatemala (Reparaciones)*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.

_____. *Caso Castillo Páez* vs. *Perú (Fondo)*. Sentencia de 03 de noviembre de 1997. Serie C No. 34.

_____. *Caso Gomes Lund y otros, "Guerrilha do Araguaia" c. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C n. 219.

_____. *Caso Masacre de La Rochela vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C n. 163.

DAMAŠKA, Mirijan. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

_____. Truth and adjudication. *Hastings Law Journal*. vol. 49. p. 289-308. São Francisco: University of California Press, 1998.

_____. What is the point of international criminal justice? *Chicago-Kent Law Review*. vol. 83. p. 229-365. Chicago: Illinois Institute of Technology Press, 2008.

DONNELY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. 2. ed. Ithaca: Cornell University Press, 2003.

EDELMANN, Murray. *The symbolic uses of politics*. Urbana: University of Illinois Press, 1967.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1998.

FEZER, Gerhard. Inquisitionsprozess ohne Ende? Zur Struktur des neuen Verständigungsgesetzes. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. p. 177-184. München: C. H. Beck, 2010.

FINDLAY, Mark. Activating a victim constituency in international criminal justice. *International Journal of Transitional Justice*. vol. 3. p. 183-206. Oxford: Oxford University Press, 2009.

FREEMAN, Mark. *Truth commissions and procedural fairness*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

GINZBURG, Carlo. *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al proceso Sofri*. Torino: Giulio Einaudi, 1991.

HAAK, Susan. Of truth, in science and in law. *Brooklyn Law Review*. vol. 73. p. 563-586. Brooklyn: Brooklyn School of Law Press, 2008.

HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. München: C. H. Beck, 1981.

_____. *Fundamentos del Derecho penal. Barcelona*: Bosch, 1984.

_____. La responsabilidad penal por crímenes de Estado y el cambio de sistema político en Alemania bajo la lupa de las causas de justificación. *Nueva Doctrina Penal*. vol. 1. p. 73-85. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.

_____. Sicherheit durch Strafrecht. In: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT A.M. (ed.). *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Frankfurt a.M.: Peter Lang, 2007.

HENKIN, Louis. Religion, religions, and human rights. *Journal of Religious Ethics*. vol. 26. p. 229-239. Tallahassee: Willey, 1998.

HÖFFE, Ottfried. *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*. München: Beck, 1999.

JENKINS, Catherine. "They have built a legal system without punishment": Reflections on the use of amnesty in the South African transition. *Transformation: critical perspectives in Southern Africa*. vol. 64. p. 27-65. Durban: Universty of KwaZulu-Natal, 2007.

JOHNSTON, Christopher D.; BARTELS, Brandon L. Sensationalism and sobriety. Differential media exposure and attitudes toward American courts. *Public Opinion Quarterly*. vol. 74. p. 260-285. Oxford: Oxford University Press, 2010.

JUAN XXIII. *Carta encíclica pacem in terris. Acta Apostolicae Sedis*. Reproduzido por DENZINGER, Heinrich; HÜNERMANN, Peter (eds.) *Kompendium der Glaubensbekenntnisse und krichlichen Lehrentscheidungen*. 40. ed. Freiburg: Herder, 2005.

_____. *Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral*. São Paulo: Loyola, 2007.

JUNG, Heike. Facts, impressions and confessions about truth in criminal procedure. In: DUFF, Antony; FARMER, Lindsay; MARSHALL, Sandra (eds.). *The trial on trial*. Oxford and Portland: Hart, 2004. t. 1 (Truth and due process).

KRITZ, Neil. J. *Transitional Justice. How emerging democracias reckon with former regimes*. Washington: United States Peace Institute, 1995. 3 vol.

LANGBEIN, John H. *The origins of adversary criminal trial*. New York: Oxford University Press, 2003.

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translation: The globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*. vol. 45. p. 1-64. New Halen: Harvard University Press, 2004.

LAUDAN, Larry. *Truth, error, and criminal law: An essay in legal epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. 1. ed. (taschenbuch Wissenschaft 1183) Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995.

_____. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana *et al.*, 2002.

_____. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. *Die Realität der Massenmedien*. 3. ed. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2004.

_____. *La realidad de los medios de masas*. Barcelona: Anthropos, 2000.

_____. *Legitimation durch Verfahren*. 4. ed. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1997.

_____. *Legitimação pelo procedimento*. Brasilia: Ed. UnB, 1980.

_____. *Soziologie des Risikos*. Berlin/New York: De Gruyter, 1991.

_____. *Risk: A sociological theory*. Gruyter, Berlin-New York: De Gruyter, 1991.

_____. *Sociología del riesgo*. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. t. I (Fundamentos).

MALAMUD GOTI, Jaime. Editorial note: A turbulent past and the problem with memory. *Journal of Transitional Justice*. vol. 4. p. 153-165. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MCCONNACHIE, Kirsten; KARSTEDT, Susanne (eds.). Legal institutions and collective memories (Book review). *Theoretical Criminology*. vol. 14. p. 549-551. Thousand Oaks: Sage, 2010.

MÉNDEZ, Juan E. Editorial note. *Journal of Transitional Justice*. vol. 3. p. 157-162. Oxford: Oxford University Press, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

NACIONES UNIDAS. *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. Informe del Secretario General, UN Doc. S/2004/616, 23 de agosto de 2004.

_____. *Guidance note of the Secretary General. United Nations approach to transitional justice*. March 2010.

PARKER, Robert. Fighting the sirens' song: The problem of amnesty in historical and contemporary perspective. *Acta Juridica Hungarica*. vol. 42. p. 69-89. New York: Springer, 2001.

PASTOR, Daniel. "Recht auf Wahrheit" durch den Strafprozess? In: HASSEMER, Winfried; KEMPF, Eberhard; MOCCIA, Sergio et al (eds.). *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*. München: Beck, 2009.

POPKIN, Margaret L.; ROHT-ARRIAZA, Naomi. Truth as justice: Investigatory commissions in Latin America. *Law and Social Inquiry*. vol. 20. p. 79-116. Tallahassee: Willey-Blackwell, 1995.

QUINN, Joanna R. Whither the 'transition' of transitional justice?" *Panel: Why didn't they think of that? Emerging questions and outliers in transitional justice theory*. Waterloo: Canadian Political Science Association (en vías de publicación).

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 26. ed. München: Beck, 2009.

SAFFON, Maria Paulau; UPRIMNY, Rodrigo. Uses and abuses of transitional justice in Colombia. In: BERGSMO, Morten; KALMANOVITZ, Pablo (eds.). *Law in peace negotiations*. Oslo: International Peace Research Institute, 2009. p. 217-243.

SCHÜNEMANN, Bernd. Ein deutsches Requiem auf den Strafprozess des liberalen Rechtsstaats. *Zeitschrift für Rechtspolitik*. p. 104-107. München: Beck, 2009.

_____. Zur Kritik des amerikanischen Strafprozessmodells. In: WESSLAU, Edda; WOHLER, Wolfgang (eds.). *Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter Recht, 2008.

SEBBA, Leslie. Formal and informal conflict resolution in international criminal justice. In: ALBRECHT, Hans-Jörg; SIMON, Jan-Michael; REZAEI, Hassan et al (eds.). *Conflicts and conflict resolution in Middle Eastern societies. Between tradition and modernity*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

_____. The individualization of the victim: From positivism to postmodernism. In: CRAWFORD, Adam; GOODEY, Jo (eds.). *Integrating a victim perspective within criminal justice. International debates*. Aldershot: Ashgate, 2000.

SHAPLAND, Joanna; HALL, Matthew. Victims at court: Necessary accessories or principal players at centre stage? In: BOTTOMS, Anthony; ROBERTS, Julian V. (eds.). *Hearing the victim. Adversarial justice, crime victims and the State*. Cullompton: Willian Publishing, 2010.

SIEBER, Ulrich; KOCH, Hans-Georg; SIMON, Jan-Michael (eds.). *Criminal masterminds and their minions. Punishing participants in complex criminal entities*. Berlin: Duncker & Humblot, seis tomos (en vías de publicación).

SIMON, Jan-Michael. ¿Tutela penal de los derechos humanos? In: MACHADO, Marta; PUESCHEL, Flavia (eds.). *Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito*. São Paulo: Fundação Getulio Vargas, (em vias de publicação).

_____. Entre o global e o local. Negociações de paz e Tribunal Penal Internacional. Em: MONTE FERREIRA, Mario; CALHEIROS, Maria Clara; CONDE MONTEIRO, Fernando et al (eds.). *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do código de processo penal português*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

_____. La Comisión para el Esclarecimiento Histórico. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. vol. 106. p. 147-203. Mexico: Unam, jan.-abr. 2003.

_____. La función del Derecho penal en casos de violencia colectiva: Algunas consideraciones sobre los objetivos y fines del Derecho penal en situaciones de posconflicto. In: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (coords.). *Panorama internacional sobre justicia penal, política criminal, Derecho penal y criminología*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam, 2007.

_____. Violencia Masiva Patrocinada por el Estado. Responsabilidad Criminal y "Reconciliación". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. vol. 112. p. 273-292. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam, jan.-abr. 2005.

_____. Criminal accountabilty and reconciliation. Criminal law dealing with political mass violence in South Africa, Rwanda and El Salvador. In: ALBRECHT, Hans-Jörg; SIMON, Jan-Michael; REZAEI, Hassan et al (eds.). *Conflicts and conflict resolution in Middle Eastern societies. Between tradition and modernity*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

_____. Przemoc popierana przez państwo. Odpowiedzialność karma a pojednanie. *Ius et Lex*. vol. II. p. 160-173. Saska: Ius et Lex Foundation, 2003.

SIMON, Jonathan. *Governing through crime: How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. New York: Oxford University Press, 2007.

STEPHENS, Beth. Translating Filártiga: A comparative and international law analysis of domestic remedies for international human rights violations. *Yale Journal of International Law*. vol. 20. p. 1-57. New Halen: Yale University Press, 2002.

STROBL, Rainer. Becoming a victim. In: GIORA SHOHAM, Shlomo; KNEPPER, Paul; KETT, Martin (eds.). *International Handbook of Criminology*. Boca Raton: Taylor & Francis, 2010.

TOMUSCHAT, Christian. *Human rights. Between idealism and realism*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2008.

VOLK, Klaus. Diverse Wahrheiten. In: ESER, Albin; KULLMANN, Hans Josef; MEYER-GOSSNER, Lutz et al (eds.). *Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin. Festschrift für Hannskarl Salger*. Köln: Heymanns, 1995.

VON TROTHA, Trutz. Über die Zukunft der Gewalt. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*. vol. 85. p. 349-368. Köln: Heymanns, 2002.

WEIGEND, Thomas. Is the criminal process about truth? A German perspective. *Harvard Journal of Law & Public Policy*. vol. 26. p. 157-173. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

_____. Unverzichtbares im Strafverfahren. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. vol. 113. p. 271-304. Berlin: De Gruyter, 2001.

WEMMERS, Jo-Anne. Where do they belong? Giving victims a place in the criminal justice process. *Criminal Law Forum*. vol. 20. p. 395-416. Vancouver: Springer, 2009.

ZEHR, Howard; TOEWS, Barb (eds.). *Critical issues in restorative justice*. Monsey: Criminal Justice Press, 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A Corte Interamericana de Direitos Humanos: procedimento e crítica, de Guilherme Madeira Dezem – *RT* 844/11;
- Crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado ou por indivíduos com a conivência estatal à luz do direito interno e internacional, de Jorge Barrientos-Parra – *RT* 903/383;

- Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de anistia e prescrição penal, de Marlon Alberto Weichert - *RBCCrim* 74/170;
- Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional, de Kai Ambos - *RBCCrim* 49/48; e
- Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos, de André de Carvalho Ramos - *RBCCrim* 62/9.

Casa de prostituição (art. 229 do CP) e Direito Penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467)

1

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

Resumo: Tomando como ponto de partida um recente acórdão do STJ que confirma a tipicidade da conduta de quem mantém casa em que ocorre prostituição, o estudo propõe uma interpretação restritiva do dispositivo do art. 229 do CP, que leve a sério a ideia de "exploração sexual".

Palavras-chave: Prostituição – Crimes sexuais – Dignidade sexual – Exploração sexual – Adequação social.

Abstract: The article comments on a recent decision by the "Superior Tribunal de Justiça" and tries to propose a restrictive interpretation of the offence of art. 229 Brazilian Criminal Code, so that the mere mantainment of a house in which prostitution takes place no more suffices for the offence to be established.

Keywords: Prostitution – Sexual crimes – Sexual dignity – Sexual exploitation.

Sumário: A) Acórdão – B) Comentários: 1. Introdução – 2. Os acertos da decisão: 2.1 Adequação social?; 2.2 Fragmentariedade? – 3. O erro inócuo: a moralidade pública e os bons costumes como bem jurídico – 4. Os erros nocivos: 4.1 Lesão à dignidade sexual?; 4.2 "Exploração sexual"? – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

A) ACÓRDÃO

STF – *HC 104.467/RS* – 1.ª T. – j. 08.02.2011 – v.u. – rel. Min. Cármen Lúcia – *DJe* 09.03.2011 – Área do Direito: Penal.

CASA DE PROSTITUIÇÃO – Caracterização – Proteção da moralidade sexual e dos bons costumes que não permitem a aplicação do princípio da fragmentariedade – Princípio da adequação social que não tem o condão de revogar tipos penais – Inteligência do art. 229 do CP.

Veja também Jurisprudência

- *RT* 892/669, *RT* 889/636, *RT* 885/556, *RT* 883/609 e *RT* 882/651.

Veja também Doutrina

- Casa de prostituição, de Ariosvaldo de Campos Pires – *RT* 703/406;
- Delitos relativos à prostituição no código penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico?, de Gisele Mendes de Carvalho – *RCP* 12/177;
- Moral e justiça no direito penal, de Hélvio Simões Vidal – *RT* 864/460;
- Por um novo direito penal sexual – A moral e a questão da honestidade, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RBCCrim* 33/133; e
- Prostituição regulamentada, de Paulo José Costa Júnior – *RT* 684/408.

HC 104.467 – Rio Grande do Sul.
Relatora: Min. Cármen Lúcia.
Pacientes: A. F. M. e J. S.
Impetrante: Defensoria Pública da União – Procurador: Defensor Público-Geral Federal.
Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Ementa: Habeas corpus. *Constitucional. Processual penal. Casa de prostituição. Aplicação dos princípios da fragmentariedade e da adequação social: impossibilidade. Conduta típica. Constrangimento não configurado.*

1. No crime de manter casa de prostituição, imputado aos pacientes, os bens jurídicos protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem resguardados pelo direito penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade.

2. Quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais. Nos termos do art. 2.º da Lei de Introdução às

Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei 12.376/2010), "não se destinando a vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue".

3. Mesmo que a conduta imputada aos pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor.

4. Habeas corpus *denegado.*

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do STF, em 1.ª T., sob a presidência da Min. Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, em denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 8 de fevereiro de 2011 – CÁRMEN LÚCIA, relatora.

HC 104.467 – Rio Grande do Sul.
Relatora: Min. Cármen Lúcia.
Pacientes: A. F. M. e J. S.
Impetrante: Defensoria Pública da União – Procurador: Defensor Público-Geral Federal.
Coator: Superior Tribunal de Justiça.

RELATÓRIO – A Sra. Min. Cármen Lúcia (relatora):

1. *Habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de A. F. M. e J. S., contra julgado da 6.ª T. do STJ, que, em 27.04.2010, negou provimento ao AgRg no REsp 1.167.646, relator o Min. Haroldo Rodrigues.

2. Tem-se nos autos que, em 09.05.2006, o Ministério Público do Rio Grande do Sul denunciou os pacientes pela suposta prática do crime de manter casa de prostituição (art. 229 do CP – f.).

Em 29.01.2009, o juízo da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Tramandaí/RS absolveu os pacientes ao fundamento de que *"casa de prostituição é conduta que vem sendo descriminalizada pela jurisprudência em razão da liberação dos costumes, sendo a conduta atípica"* (f.).

3. Contra essa decisão o Ministério Público interpôs apelação. Em 04.06.2009, a 6.ª Câm. Crim. do TJRS negou provimento ao recurso para manter a absolvição dos pacientes, nos termos seguintes:

"Apelação criminal. Manutenção de casa de prostituição. Adequação social do fato. Atipicidade. apelo [não] provido. Absolvição mantida. À unanimidade, negaram provimento ao apelo ministerial" (f.).

4. Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso especial, que, em 11.3.2010, foi provido monocraticamente pelo Ministro relator do STJ Haroldo Rodrigues:

"Penal. Casa de prostituição. Tolerância ou desuso. Tipicidade.

1. Esta Corte firmou compreensão de que a tolerância pela sociedade ou o desuso não geram a atipicidade da conduta relativa à prática do crime do art. 229 do CP.

Legislação citada

- art. 1.º da CF/1988; art. 229 do CP; art. 2.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; Lei 12.015/2009; e Lei 12.376/2010.

2. Precedentes.

3. Recurso especial provido" (f.).

5. Contra essa decisão a Defensoria Pública da União interpôs agravo regimental, sobrevindo, em 27.04.2010, a decisão objeto da presente impetração, cuja ementa é a seguinte:

"Penal. Casa de prostituição. Tolerância ou desuso. Tipicidade.

1. Esta Corte firmou compreensão de que a tolerância pela sociedade ou o desuso não geram a atipicidade da conduta relativa à prática do crime do art. 229 do CP.

2. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (f.).

6. No presente *habeas corpus*, a impetrante sustenta que, pela aplicação dos princípios da fragmentariedade e da adequação social, a conduta praticada pelos pacientes não seria materialmente típica.

Alega que, "apesar da norma penal incriminadora prevista no art. 229 do CP estar em plena vigência, é necessário interpretá-la de forma cuidadosa para que possa ter validade e aplicabilidade em relação aos fatos da vida real" (f.).

7. Este o teor dos pedidos:

"1. seja concedida liminarmente medida cautelar, a fim de suspender a decisão do STJ até decisão final de mérito, informando-se o Juízo de primeira instância;

(...)

5. seja concedida a ordem de *habeas corpus*, para cassar a decisão do STJ, restabelecendo-se a absolvição conferida nas decisões de primeira e segunda instâncias, haja vista a atipicidade da conduta dos assistidos A. F. M. e J. S., em face da aplicação dos princípios da fragmentariedade e da adequação social ao art. 229 do CP" (f.).

8. Em 23.06.2010, indeferi o pedido de medida liminar e determinei vista dos autos ao Procurador-Geral da República (f.).

9. Em 27.08.2010, a Procuradoria-Geral da República opinou "pela denegação da ordem" (f.).

É o relatório.

VOTO – *A Sra. Min. Cármen Lúcia* (relatora):

1. Conforme relatado, a Impetrante pretende a aplicação dos princípios da fragmentariedade e da adequação social para que a conduta praticada pelos pacientes seja considerada materialmente atípica.

2. A exposição dos fatos e a verificação das circunstâncias presentes e comprovadas na ação conduzem à denegação da ordem.

3. Na espécie vertente, a denúncia imputa aos pacientes a seguinte conduta:

"Em 30.12.2004, por volta das 09h30min, na 'Boate Pantera', localizada na Estrada da F., n. X, em Cidreira/RS, nesta Comarca, os denunciados A. F. M. e J. L. mantinham, por conta própria, casa de prostituição destinada a encontros para fins libidinosos, com intuito de lucro. Na ocasião, Policiais Civis, em cumprimento de mandado de busca e apreensão, deslocaram-se até o local supramencionado, oportunidade em que constataram a prática de prostituição, com exploração sexual. Os denunciados quando inquiridos na Delegacia de Polícia, confessaram a prática do fato delituoso" (f.).

4. Pelo que se tem na peça inicial acusatória, os acusados praticavam, em tese, espécie de lenocínio ao agirem como proxenetas, mantendo casa de prostituição, no caso concreto, com intuito de lucro.

5. Esse comportamento, à época dos fatos, estava tipificado no art. 229 do CP, nos termos seguintes:

"Art. 229 – Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa".

Casa de prostituição é o local destinado à prática de relacionamento sexual habitual mediante remuneração e, consequentemente, com exploração sexual. Já o lugar destinado a fim libidinoso é aquele em que regularmente ocorrem encontros com o objetivo de satisfazer o prazer sexual.

6. O caráter fragmentário do direito penal significa que, para esse ramo da ciência jurídica, interessa tutelar tão somente aqueles bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Todos os demais bens deverão ser protegidos pelos outros ramos do ordenamento jurídico, tais como o direito civil ou o direito administrativo.

No crime de manter casa de prostituição, imputado aos pacientes, os bens jurídicos protegidos em benefício de toda a coletividade são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância que, portanto, devem ser resguardados pelo direito penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade.

7. Na linha do que exposto e confirmando a importância desses bens para a sociedade, a Lei 12.015/2009 alterou o tipo penal previsto no art. 229 do CP para retirar-lhe a expressão "lugar destinado a encontros para fim libidinoso", mas manteve como típica a conduta imputada aos ora pacientes:

"Art. 229 – Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente. Pena – reclusão, de dois a cinco anos, e multa".

Ao contrário do que ocorria com a redação primitiva do art. 229 do CP, a nova redação do dispositivo, ao adequar o tipo penal ao atual momento da sociedade,

tornou atípica a conduta de manter estabelecimento destinado a encontros para fim libidinoso, tais como motéis e casas noturnas, mas conservou, contudo, a criminalização da conduta de manter casa de prostituição, já que nesses locais ocorre exploração sexual.

Na espécie vertente, foi constatada no estabelecimento dos pacientes a prática, em tese, de prostituição. Assim, mesmo com a recente alteração legislativa, a conduta imputada aos ora pacientes permaneceu criminalizada pelo legislador.

8. Em sentido semelhante é o parecer da Procuradoria-Geral da República:

"Ocorre que o Título VI do Código Penal foi recentemente alterado pela Lei 12.015/2009, tendo permanecido típica, em seu Capítulo V, que trata do lenocínio, do tráfico de pessoas para fins de prostituição e outras formas de exploração sexual, a conduta atribuída aos pacientes.

(...)

Bem se vê que após praticamente 70 anos, a prática imputada aos pacientes continua a ser, na visão do legislador ordinário, ofensiva a bem jurídico protegido: não propriamente à alegada 'moralidade pública sexual – até porque, conforme ensinamentos introdutórios de Direito e Filosofia do Direito, direito e moral não se confundem –, mas sim à 'dignidade sexual', inerente à esfera de dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, *ex vi* do art. 1.º da CF/1988. Temerário defender-se, assim, interpretação do texto constitucional que, a pretexto de prestigiar o pleno exercício das liberdades públicas, o faz em detrimento de princípio fundamental. Frisamos que a liberdade sexual, inserida aí a disposição do próprio corpo, mediante paga, para fins libidinosos, não se confunde com a exploração da liberdade sexual alheia, lavada a cabo em estabelecimentos quaisquer, paupérrimos ou luxuosos, cuja distinção, por certo, limita-se ao gosto e ao poder aquisitivo da clientela" (f.).

9. De fato, o legislador não poderia ter agido de maneira diferente. No estabelecimento mantido pelo proxeneta ocorre exploração sexual de pessoas, conduta inadmissível que, portanto, merece ser reprimida pelo direito penal.

Ademais, embora a obtenção de lucro com a prostituição de terceiros não seja elemento objetivo do tipo, trata-se de regra nessa espécie de atividade e, inclusive, teria ocorrido no fato concreto imputado aos pacientes.

Por todo o exposto, não há como se aplicar o princípio da fragmentariedade à espécie vertente.

10. Quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais.

Nos termos do art. 2.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei 12.376/2010), "não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue". Somente uma lei pode revogar outra lei.

Assim, mesmo que a conduta imputada aos pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor.

Jurisprudência citada

- STF: RHC 65.391; e
- STJ: AgRg no REsp 1.167.646.

11. Em sentido semelhante ao que foi dito, é a jurisprudência do STF:

"Ementa: Casa de prostituição (art. 229 do CP). *Habeas corpus* para trancamento da ação penal por falta de justa causa. indeferimento na instância de origem. recurso de *habeas corpus* improvido. havendo elementos no inquérito, que autorizam a denúncia; em se tratando de crime permanente, que exige prova de habitualidade, a ser completada no curso da instrução; e não contendo a licença para funcionamento de estabelecimento comercial autorização (aliás, inadmissível) para nele se instalar casa de prostituição; não é caso de trancamento da ação penal, adequadamente proposta" (RHC 65.391, rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* 06.11.1987).

Tem-se do conteúdo do voto do Min. Sydney Sanches, relator do RHC 65.391:

"Não podem ser colhidas, por último, as considerações no sentido de que, nos tempos atuais, já não se justifica a punição da mantença de casa de prostituição. Ao Ministério Público e ao Juiz competem a interpretação e a aplicação da lei, jamais a negativa de sua vigência. A descriminalização e tarefa do legislador e não daquele, cuja missão é aplicar a lei" [www.stf.jus.br].

12. Pelo exposto, *encaminho a votação no sentido de denegar a ordem.*

VOTO – *O Sr. Min. Ricardo Lewandowski*: Presidente, estou de acordo; considerações de ordem moral não cabem, evidentemente, numa discussão jurídica como esta.

O Sr. Min. Marco Aurélio: Presidente, este caso lembrou-me de artigo que li, hoje, no jornal *O Estado de São Paulo*: "Calígula somos todos nós", de autoria de um ator justamente para estampar certa hipocrisia. Agora, a atuação judicial é vinculada, e o tipo do art. 229 do CP está em pleno vigor. Não tenho como fechar a legislação e conceder a ordem, muito embora reconheça a tolerância que vem se verificando nos dias atuais.

Acompanho Vossa Excelência, indeferindo a ordem.

EXTRATO DE ATA – HC 104.467 – Procedência: Rio Grande do Sul; relatora: Min. Cármen Lúcia; pacientes: A. F. M. e J. S.; impetrante: Defensoria Pública da União – Procurador: Defensor Público-Geral Federal; coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da relatora. Unânime. Presidência da Min. Cármen Lúcia. 1.ª T., 08.02.2011.

Presidência da Min. Cármen Lúcia. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República – Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Carmen Lilian – Coordenadora.

B) COMENTÁRIOS

1. INTRODUÇÃO

O STF julgou, no início do presente ano, *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de dois acusados da prática do crime de manter casa de prostituição (art. 229 do CP).[1] À época do fato, o dispositivo tinha a seguinte redação: "manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja ou não intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente".[2] Conforme o relatório do acórdão, após julgado de primeira instância que declarou atípica a conduta "em razão da liberação dos costumes", confirmado pelo TJRS sob o argumento da "adequação social do fato", o caso chegou ao STJ, que reafirmou ser típico o fato, uma vez que "a tolerância pela sociedade ou o desuso não geram a atipicidade da conduta". A Defensoria Pública impetrou, assim, *habeas corpus*, alegando que os princípios da fragmentariedade e da adequação social excluiriam a tipicidade material do fato.

O STF, em acórdão de lavra da Min. Cármen Lúcia denegou o pedido, por uma série de razões, que abaixo discutirei detidamente. Segundo o voto da relatora, haveria um bem jurídico protegido, a saber, a "moralidade sexual e os bons costumes", de modo que não se poderia aplicar aqui o princípio da fragmentariedade (voto, n. 6; abaixo item 2.2); em segundo lugar, a mudança de redação do dispositivo teria descriminalizado, por exemplo: motéis e casas noturnas, mas não a conduta de manter casa de prostituição, uma vez que nestes locais ocorreria "exploração sexual" (n. 5, 7 e 9; abaixo item 4.2). A decisão remete, em seguida, ao parecer da Procuradoria Geral da República, em que se alega que a conduta viola o bem jurídico "dignidade sexual,

1. STF, HC 104.467, 1.ª T., j. 08.02.2011, Min. Cármen Lúcia, v.u., *DJe* 09.03.2011. Acórdão disponível no *site*: [www.stf.jus.br/portal/autenticacao/], sob o n. 1002488.

2. Compare-se a redação atual: "Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente".

inerente à esfera de dignidade da pessoa humana" (n. 8; abaixo, item 4.1). O princípio da adequação social é afastado, porque ele, "por si só, não tem o condão de revogar tipos penais" (n. 10; abaixo item 2.1). A Turma acabou por acompanhar o voto da relatora e decidiu, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*.

Com esse entendimento, que confirma decisão anterior,[3] perdeu o STF áurea oportunidade de dar um passo adiante na realização de um Estado liberal, isto é, de um Estado para o qual decisões que dizem respeito à vida boa, à virtude de uma pessoa, têm de ser tomadas pela própria pessoa e não são assunto do Estado. Mas esse erro não é exclusivamente imputável à Corte: como veremos, boa parte dos argumentos do STF procede, e os argumentos que lhe foram oferecidos pelo *habeas corpus* – adequação social, fragmentariedade – são tão deficientes, que a ninguém pode espantar o fato de a Corte os ter rejeitado. O que é de se lamentar porque a própria lei vigente abre as portas para a solução liberalizante. Na presente análise das razões da decisão, tecerei observações a respeito do caminho que se poderia ter seguido e que oxalá se torne objeto de maior atenção doutrinária e jurisprudencial.

Não discutirei as razões da decisão na ordem em que foram apresentadas. Parece-me mais adequado diferenciar aqui acertos (abaixo, item 2) e erros, e, no interior desse segundo grupo de considerações, os erros inócuos (abaixo, item 3) dos nocivos (abaixo, item 4).

2. Os acertos da decisão

2.1 Adequação social?

Já a decisão de primeira instância se reportara a uma mudança de costumes, que levaria à atipicidade do fato. O TJRS reconduziu o argumento ao princípio da adequação social, e também o HC tenta valer-se desse fundamento. O STF decidiu aqui de forma lapidar (n. 10): não haveria costume, nem adequação social, que revogue lei. O art. 2.º da LICC (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro) confirmaria que apenas lei revoga lei. Assim, de nada interessaria que o comportamento mal possa ser considerado socialmente adequado.

3. STF, HC 99.144/RS, rel. Min. Menezes Direito, em decisão proferida pelo Min. Marco Aurélio (01.06.2009): "A tolerância notada quanto à prostituição não leva a entender-se como derrogado o art. 229 do CP. Paga-se um preço por se viver em um Estado de Direito e é módico, ou seja, o respeito às regras estabelecidas. Somente assim se faz possível a paz na vida gregária."

A decisão, que aqui se alinha aos precedentes do STJ,[4] andou bem, e em vários planos. Primeiramente, não perdeu tempo em discutir a premissa empírica da tese da adequação social: a de que as casas de prostituição seriam instituições socialmente aceitas, "funcionalmente integradas à organização da vida comunitária de um povo em determinado momento histórico".[5] Isso é altamente duvidoso: ainda que se saiba da existência de casas de prostituição, também se sabe da existência dos atos de corrupção, de furtos e de mesmo de homicídios. Fato é que a visita ao prostíbulo não é algo que se pratique às abertas, a manutenção de um bordel não é algo de que se fale publicamente, de modo que não se pode dizer que é comportamento socialmente tolerado ou mesmo aprovado.[6]

Mas ainda que fosse esse o caso: a mera aceitação social de um fato, como disse de modo claro a decisão, é circunstância irrelevante para avaliar a tipicidade de um comportamento. Se em determinada sociedade os maridos costu-

4. Para citar apenas alguns dos julgados mais recentes:
STJ, REsp 931.368/RS, j. 20.08.2009, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 04.05.2011: "A tolerância social com a manutenção de estabelecimento destinado à prostituição não afasta a configuração do crime previsto no art. 229 do CP"; STJ, AgRg no REsp 924.750/RS, j. 15.03.2011, rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, *DJe* 04.04.2011: "(...) não se pode falar em descriminalização pela ordem social do delito de casa de prostituição – art. 229 do CP"; STJ, AgRg no REsp 1.167.646/RS, j. 27.04.2010, rel. Haroldo Rodrigues, *DJe* 07.06.2010; STJ, REsp 820.406/RS, j. 05.03.2009, voto vencedor do Min. Napoleão Nunes Maia Filho (noutro sentido o voto do rel. Min. Arnaldo Esteves Lima), *DJe* 20.04.2009; STJ, HC 108.891/MG, j. 19.02.2009, rel. Min. Félix Fischer, *DJe* 23.03.2009. De acordo, com mais referências: MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 326 e ss. Há decisões de tribunais de justiça em sentido contrário, referidas por: NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 154 e ss., que cita dois acórdãos do TJRS e manifesta sua simpatia por eles.

5. WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York: De Gruyter, 1975. p. 120 e ss. (originalmente: ZStW 58 [1939], p. 491 e ss.), p. 141. Para mais referências sobre a teoria da adequação social, cf. GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1 e ss. (p. 30 e ss.); GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 78 e ss. (3. ed. no prelo); e, extensamente: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 111 e ss.

6. Até aqui, estou de acordo com: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. art. 229, nota 33.

mam bater em suas mulheres e se orgulham disso, ou os políticos se apropriam indevidamente de valores públicos sem o esconder, e um legislador progressista resolve combater esse estado de coisas, tanto pior para esses maridos ou políticos. Ou, para dar um exemplo atual: o legislador turco decidiu, em 2005, combater o costume ainda existente em certas regiões menos desenvolvidas da Turquia, de matar, por motivos de honra familiar, mulheres que se comportam de modo demasiado livre. Esse homicídio por motivos de honra é hoje considerado uma forma de homicídio qualificado.[7] Alguém dirá aqui que a decisão do legislador é ilegítima, porque contrária a um suposto princípio da adequação social?

Do fato bruto de que algo é praticado e aprovado em uma sociedade não deriva qualquer consequência normativa. No máximo pode o legislador, por razões prudenciais, ter de considerar com redobrada cautela as dificuldades de implementação de sua tentativa de opor-se aos fatos. É bem provável que ele não consiga atingir suas finalidades de modo plenamente satisfatório. Ainda assim, essa reflexão incumbe apenas a ele, e não ao juiz.

É verdade que vários de nossos manuais de Direito Penal se ocupam da adequação social. Não raro a ideia é denominada "princípio da adequação social" e posta lado a lado com os princípios da legalidade e da culpabilidade.[8] Essa perspectiva carece, como se viu, de qualquer fundamento: ela deriva consequências normativas de meros fatos brutos. Não é por acaso que não se tem notícia de similar procedimento na doutrina estrangeira. Pelo contrário: a própria noção (de "princípio" nem se chega a cogitar!) de adequação social é por muitos recusada, e entre os que ainda a defendem, ela é usada mais como parâmetro de interpretação restritiva, isto é, como parâmetro argumentativo para casos duvidosos, do que como causa de exclusão do tipo (ou de uma chamada "tipicidade material"), isto é, como parâmetro capaz de sobrepor-se à letra unívoca da lei.[9]

---

7. Cf. GÖZTEPE, Ece. Rechtliche aspekte der sog. Ehrenmorde in der Türkei. Europäische Grundrechts-Zeitschrift (EuGRZ). vol. 35 p. 16 e ss. (18 e ss.). Khel: N. P. Engel Verlag, 2008; POHLREICH, Erol Rudolf. *Ehrenmorde im Wandel des Strafrechts. Eine vergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung des römischen, französischen, türkischen und deutschen Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. p. 154 e ss., 177 e ss.

8. Por exemplo: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 5; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 83.

9. Cf. em primeiro lugar, o próprio: WELZEL, Hans. *Das deutsche*... cit., p. 58; HIRSCH, Hans-Joachim. Soziale Adäquanz und Unrechtslehre. *ZStW* 74 (1962). p. 78 e ss. (p.

Em conclusão: a adequação social de uma conduta é um mau argumento no presente contexto. Casas de prostituição não são socialmente adequadas, e ainda que o fossem, não se poderia, com esse argumento, questionar o direito do legislador de tentar combatê-las.

2.2 Fragmentariedade?

Outro argumento invocado pelo *habeas corpus* e recusado pela decisão foi o suposto princípio da fragmentariedade. O argumento foi mencionado em conjunto com o princípio da proteção de bens jurídicos; a rigor, entretanto, as duas ideias não se confundem, por isso cuidarei delas em separado.

Não é por acaso que é mais comum falar-se em *caráter* fragmentário do direito penal do que em *princípio* da fragmentariedade: fragmentariedade significa apenas que o direito penal não protege todos os bens contra todas as formas de agressão, mas que ele formula uma seleção, com base em certos critérios. A

---

87 e ss., 133); ROXIN, Claus. Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht. In: KOHLMANN, Gunter; KLUG, Ulrich (coords.). *Festschrift für Ulrich Klug* Köln: Peter Deubner Verlag, 1983. p. 303 e ss. (p. 310), vol. I; ademais MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992. p. 152; MIR PUIG, Santiago. Significado y alcande de la imputación objetiva em derecho penal. *Nuevas formulaciones em las ciencias penales – Homenaje al prof. Claus Roxin*. Córdoba: Lerner, 2001. p. 61 e ss. (p. 80); MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho penal – Parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 286; e OTTO, Harro. Soziale Adäquanz als Auslegungsprinzip. In: BÖSE, Martin; STERNBERG-LIEBEN, Detlev (coords.). *Festschrift für Amelung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. p. 225 e ss. (p. 245). Contra, insistindo na indispensabilidade da teoria: ESER, Albin. 'Sozialadäquanz': eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur? In: SCHÜNEMANN, Bernd et al (coords.). *Festschrift für Roxin*. Berlin/New York: DeGruyter, 2001. p. 199 e ss. (p. 211); STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 6. ed. München: Vahlen, 2011. § 8/31; e, entre nós: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social*... cit., especialmente p. 399 e ss.

Entre nós, há quem defenda que a adequação social "torna materialmente atípica a conduta descrita no art. 229 do CP" (ESTEFAM, André. *Crimes sexuais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 119). Observe-se que isso é mais do que entender a adequação social como causa de *exclusão* do tipo, como o é, por exemplo, o consentimento em um delito como o furto – aqui se exclui a incidência de um tipo em uma determinada situação fática – e sim elevá-la a causa de *revogação* de um tipo, uma vez que se está excluindo o próprio dispositivo do ordenamento jurídico. Isso equivale, noutras palavras, a transformar, sem qualquer fundamento jurídico ou arrimo doutrinário, a adequação social em uma proibição constitucional de incriminação (mais adiante, o autor quer resolver o problema no âmbito do erro de proibição, p. 122).

respeito desses critérios, entretanto, nada esclarece a noção de fragmentariedade. Ela tem, portanto, natureza predominantemente descritiva, e dificilmente poderá ser usada como argumento em favor de determinada conclusão em um caso concreto. O mesmo se diga das ideias de *ultima ratio* ou de intervenção mínima.[10] Com base numa metáfora: também está claro de antemão que nem todos os candidatos em um concurso público para o cargo de juiz serão aprovados, porque há vagas limitadas. Ocorre que a reprovação concreta de um candidato não pode ser fundamentada no argumento de que "há vagas limitadas, alguém tem de ficar de fora", e sim em outras considerações, aqui: na nota insuficiente do candidato. Doutro modo, o candidato poderia sempre replicar: "entendo que nem todos possam entrar, mas por que eu?" Da mesma forma, fragmentariedade significa que nem tudo que é ilícito é punível; mas se temos de deixar de fora do âmbito do punível a casa de prostituição, a culpa leve,[11] a tentativa omissiva,[12] isso a ideia não esclarece. No máximo ela vale como contra-argumento a ser dirigido contra uma interpretação extensiva animada pela intenção de evitar supostas lacunas de punibilidade. Se usada, porém, para sobrepor-se à letra da lei, fragmentariedade é uma palavra vazia de qualquer conteúdo.

3. O ERRO INÓCUO: A MORALIDADE PÚBLICA E OS BONS COSTUMES COMO BEM JURÍDICO

A decisão contém, entretanto, não poucos erros. Um primeiro erro diz respeito à compreensão que o acórdão dá à ideia de bem jurídico. "No crime de manter casa de prostituição (...), os bens jurídicos protegidos em benefício de toda a coletividade são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância que, portanto, devem ser resguardados pelo Direito Penal (...)" (n. 6). Aqui a decisão se mostrou, no mínimo, desinformada. Isso impressiona, uma vez que poucos temas tem sido objeto de tamanha atenção da moderna doutrina penal brasileira como a teoria do bem jurídico.[13] Não me parece inadequado esperar de um alto Tribunal que tome conhecimen-

10. Às quais recorre: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal*... cit., art. 229, nota 33, que considera o dispositivo inconstitucional, por violação dessas ideias.

11. Como defende entre nós: TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 385.

12. Outra posição defendida por: TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 490 e ss.

13. Cf. as referências em: GRECO, Luís. O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar. In: _____; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como li-*

to desse corpo doutrinário e que se esforce por rebater os argumentos nele contidos.

Esmiuçando: os erros, aqui, foram pelo menos três. O primeiro deles foi desconhecer aquilo de que em verdade se tratava: o bem jurídico de que falam os defensores da ideia não é a *ratio legis*, a consideração que motivou o legislador a emitir a norma incriminadora.[14] A decisão não tomou conhecimento de uma distinção da qual parte toda a moderna teoria do bem jurídico, a saber, a distinção *entre um conceito dogmático de bem jurídico e um conceito político-criminal de bem jurídico.*[15] Os defensores da moderna teoria do bem jurídico creem possível um tal conceito político-criminal, vinculante para o legislador, enquanto os adversários da teoria entendem que o legislador não está vinculado à ideia, tendo ampla discricionariedade na escolha dos valores a proteger por meio do direito penal. Ainda que o Tribunal optasse por recusar essa moderna teoria do conceito político-criminal de bem jurídico, seria de esperar-se, ao menos, que ele mostrasse saber do que nela se trata.

O segundo desses erros foi o de considerar a "*moralidade sexual e os bons costumes*" um bem jurídico. Desde o nascimento da moderna teoria do bem jurídico depois da Segunda Guerra Mundial,[16] havia um consenso negativo: o de que a ideia não compreende o âmbito do "meramente imoral". Ainda que até hoje não esteja claro qual o conteúdo positivo do conceito, a sua

---

mitação ao poder estatal de incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 9 e ss. (p. 10, nota 1).

14. Por todos: ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. ed. München: Beck, 2006. vol. I. § 2/14 e ss.

15. Cf. HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. Frankfurt am Main: Europäische Verlagsanstalt, 1980. p. 19; ROXIN, Claus. *Strafrecht*... cit., § 2/4 e ss.; entre nós: GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011 (primeira publicação em *RBCCrim* 49/89 e ss.), p. 75 e ss. (76 e ss.), com referências.

16. JÄGER, Herbert. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1957. p. 6 e ss.; Roxin, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Hamburg: Cram de Gruyter, 1963. p. 413 e ss.; HANACK, Ernst-Walter. Empfiehlt es sich, die grenzen des sexualstrafrechts neu zu bestimmen? *Gutachten A für den 47. Deutschen Juristentag*. München: Beck, 1968. p. A7 e ss. (n. 29 e ss.), vol. I. Na atual doutrina brasileira: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais*... cit., p. 144 e ss.; MARTINELLI, João Paulo Orsini. Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal* 61/7 e ss.

definição,[17] sempre esteve claro esse conteúdo negativo mínimo, aquilo que a teoria, em definitivo, não compreende. Aqui também andou mal a decisão.

E há um terceiro erro, ao qual retornaremos mais abaixo (abaixo item 4.2): ainda que a decisão tivesse optado, fundamentadamente, pelo conceito tradicional, meramente dogmático, de bem jurídico, que nele enxerga um sinônimo da *ratio legis*, e que com isso não estivesse de antemão excluído que a moral e os bons costumes pudessem ser entendidos com os bens protegidos pelo art. 229 do CP, ainda assim essa conclusão teria de ser fundamentada, e não meramente afirmada. E se o Tribunal tivesse feito o esforço de fundamentar essa conclusão, teria esbarrado nas mudanças introduzidas pela recente Lei 12.015/2009. Como é sabido, essa lei modificou a denominação do Título VI de nosso Código, substituindo a antiga expressão "dos crimes contra os costumes" pela expressão "dos crimes contra a dignidade sexual". A intenção declarada da *recente reforma legislativa* foi excluir do Código a proteção dos costumes e da moral sexual. Assim sendo, nem mesmo segundo o tradicional conceito dogmático de bem jurídico parece acertado afirmar que o art. 229 do CP protege os bens que a decisão lhe atribuiu.[18]

Ainda assim, penso que esses três erros não chegaram a originar prejuízo, razão pela qual os chamei de *inócuos*. E isso decorre de uma ulterior consideração, ainda não suficientemente identificada pelos defensores da teoria do bem jurídico: a saber, o fato de que a teoria do bem jurídico, por si só, não consegue se opor à criminalização de comportamentos chamados "meramente imorais", porque ainda que esses comportamentos não lesionem diretamente um bem jurídico como a vida, a integridade física, a autodeterminação sexual, a propriedade ou o patrimônio, praticamente todo comportamento imoral poderá ter *consequências indiretas* lesivas para estes e outros bens reconhecidos.[19] Ou alguém duvida de que estelionatos, estupros

17. A respeito dessas dificuldades Stratenwerth, sobre o conceito de "bem jurídico", traduzido por Greco, em: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico...* cit., p. 101 e ss.

18. No mesmo sentido da decisão, contudo: NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual...* cit., p. 152, que nota a tensão existente entre esse posicionamento e a ideia reitora da reforma. Como aqui: MARCÃO Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual...* cit., p. 320.

19. GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. p. 349 e ss.; GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do tribunal constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 strafgesetzbuch). *RBCCrim* 82/165 e ss. (p. 174 e ss.);

e lesões corporais ocorram com maior frequência em casas de prostituição ou nas chamadas "zonas de meretrício" que em boates? Sempre é possível, ainda que partindo de um conceito político-criminal de bem jurídico que exclui a moral do rol de bens passíveis de proteção pelo direito penal, encontrar um argumento de consequências indiretas para considerar a conduta imoral não apenas imoral, mas também perigosa para um dos bens reconhecidos pela teoria.[20]

Enfim: a decisão do STF, ao entender que o bem jurídico protegido pelo art. 229 do CP é a moralidade sexual, manifestou indiferença pelos avanços teóricos do direito penal e pela ampla produção literária da doutrina não apenas estrangeira, mas também nacional. Não está claro que o STF sequer tenha tomado em consideração a mudança de perspectiva da legislação vigente desde o advento da Lei 12.015/2009. Mesmo assim, desses graves defeitos da decisão não originaram dano palpável, porque ainda que a decisão tivesse adotado a teoria do bem jurídico nos moldes da defendida por um setor da doutrina, essa teoria permitiria encontrar um fundamento para o dispositivo.

4. OS ERROS NOCIVOS

A decisão contém, entretanto, dois erros graves, que, para usar uma metáfora de penalista, causaram de modo objetivamente imputável o resultado da decisão: a denegação do *habeas corpus*.

GRECO, Luís. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do tribunal constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *RBCCrim* 87/84 e ss. (p. 92 e ss.); GRECO, Luís. A crítica de Stuart Mill ao paternalismo. *RBF* 227/321 e ss. Por causa desse defeito "estrutural" da teoria do bem jurídico – estrutural, porque inerente à própria natureza do argumento, como consideração de conveniência ou consequencialista – é que propus que a pretensão de liberalizar o direito penal, isto é, a não criminalização do "meramente imoral", seja levada adiante não mais sob a bandeira do conceito de bem jurídico, e sim sob a ideia de privacidade ou autonomia.

20. Uma saída que encontrou vários defensores no Brasil foi a de considerar que apenas condutas diretamente lesivas para bens jurídicos poderiam ser criminalizadas – noutras palavras, que os crimes de perigo abstrato seriam *in totum* ilegítimos. Essa tese é, entretanto, inaceitável. Entre outros defeitos, ela conduz a que se considere ilegítimo um delito como o envenenamento de água potável (art. 270 do CP), o que ninguém a rigor defende. Para uma crítica pormenorizada: GRECO, Luís. *Princípio da ofensividade*... cit., p. 75 e ss.

4.1 Lesão à dignidade sexual?

A decisão se reporta ao parecer da Procuradoria-Geral da República, segundo o qual "a prática imputada aos pacientes continua a ser, na visão do legislador ordinário, ofensiva a bem jurídico protegido: não propriamente à alegada 'moralidade pública sexual' (...) – mas sim à 'dignidade sexual', inerente à esfera de dignidade da pessoa humana" (n. 8).

É espantoso que uma decisão tão sucinta possa contar tamanha contradição – pouco antes se dissera que o bem protegido pelo dispositivo é a moralidade pública sexual, agora se cita afirmativa contrária. Mas deixemos de lado essa contradição, que só demonstra a falta de cuidado até de nossos tribunais superiores com os fundamentos de suas decisões. Tomemos o argumento isolado – a manutenção de casa de prostituição violaria a dignidade sexual e, com ela, a dignidade humana – e avaliemos em que medida esse argumento procede.

Se realmente fosse de admitir-se a violação da dignidade sexual e da dignidade humana, não haveria como duvidar da legitimidade do dispositivo. Ocorre que também aqui faltou fundamentação. O que se lê no parecer da Procuradoria-Geral, no lugar de uma fundamentação, é uma série de lugares comuns, de que ninguém duvida, a saber: que a dignidade da pessoa humana é "fundamento da República Federativa do Brasil, *ex vi* do art. 1.º da CF/1988", e que seria "temerário defender-se, assim, interpretação do texto constitucional que, a pretexto de prestigiar o pleno exercício das liberdades públicas, o faz em detrimento de princípio fundamental". As considerações da Procuradoria-Geral são tão abstratas e desprendidas do caso concreto, que se torna impossível discuti-las. A Procuradoria-Geral pode copiá-las/colá-las em quaisquer de seus futuros pareceres, uma vez que elas são declamações que não fazem qualquer referência ao problema sobre o qual lhe cabia opinar.[21] O que resta é a afirmativa não fundamentada de que, aos olhos do legislador, o comportamento dos pacientes viola a dignidade sexual e a dignidade humana.

Tentemos, ainda assim, examinar essa afirmativa com mais benevolência, oferecendo-lhe aquilo que a Procuradoria-Geral omitiu isto é, uma fundamentação. Poder-se-ia dizer que quem mantém casa de prostituição, ainda que sem intuito de lucro, participa da degradação alheia, do fato de alguém reduzir seu

21. Ou, para citar o Min. Sepúlveda Pertence: "a melhor prova da ausência de motivação de um julgado é que a frase enunciada, a pretexto de fundamentá-lo, sirva, por sua vaguidão, para a decisão de qualquer outro caso" (STF, HC 76.258, 1.ª T., j. 17.03.1998, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* 24.04.1998, p. 4).

próprio corpo a mercadoria, a instrumento do prazer físico de terceiros. Se essa for a fundamentação da violação à dignidade – e não se vê fundamentação alternativa possível, uma vez que a Procuradoria-Geral e o STF estão afirmando que o art. 229 do CP compreende toda e qualquer casa de prostituição – tem-se de atentar que, sob o manto de uma terminologia moderna ("dignidade"), o que se está defendendo é a antiga postura moralista.

Os problemas do conceito de dignidade humana são suficientemente conhecidos.[22] O aspecto que nos interessa agora diz respeito a uma ambiguidade fundamental inerente a esse conceito. Poder-se-ia dizer que dignidade pode ser compreendida ou de uma *perspectiva política*[23] – dignidade como autonomia, como o direito de viver segundo seu próprio plano de vida, sua própria noção de vida boa; e que o conceito também pode ser entendido de uma *perspectiva perfeccionista* – dignidade como virtude, como a admirabilidade daquele que realiza certas excelências inerentes à vida boa.[24] No primeiro sentido, diz-se, por exemplo, que a tortura é uma negação da dignidade; no segundo sentido, diz-se, por exemplo, que bajular outras pessoas é indigno. A diferença fica ainda mais clara se se perguntar quem são os sujeitos ativos e passivos de uma violação dessas dignidades. A dignidade em sentido político, em princípio, só pode ser violada por um terceiro (o torturador nega a dignidade do torturado), enquanto na dignidade em sentido perfeccionista, sujeito passivo e ativo se confundem (o bajulador nega a própria dignidade).

---

22. Cf. Principalmente: HOERSTER, Norbert. Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde. *Juristische Schulung* München: C. H. Beck Verlag, 1983. p. 93 e ss. (94 e ss.); HILGENDORF, ERIC. Die missbrauchte Menschenwürde. *Jahrbuch für Recht und Ethik*. vol. 7. p. 137 ss. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

23. Para usar o conceito de "política" presente especialmente na filosofia tardia de Rawls que é definido por oposição ao conceito de "metafísica", o qual por sua vez representa o conjunto das chamadas "comprehensive theories", isto é, de concepções globais sob o mundo e a vida boa: cf. RAWLS, John. Justice as fairness: political, not metaphysical. *Collected Papers*. Massachussets/London: Harvard University Press, 1999 (primeira publicação em 1985). p. 388 e ss.; RAWLS, John. Political liberalism: fundamental ideas. *Political liberalism*. Expanded Edition. New York: Columbia University Press, 1993. p. 3 e ss. (e p. 30 e ss., em que Rawls fala em um "conceito político de pessoa"); RAWLS, John. Reply to Habermas, no mesmo volume, p. 372 e ss. (374 e ss.).

24. Perfeccionismo é um termo técnico na Filosofia Política, que significa, grosseiramente, a posição segundo a qual é tarefa do Estado promover a virtude dos cidadãos (cf. por exemplo: CHRISTIANO, Thomas; CHRISTMAN, John. Introduction. In: _____; _____ (coords.). *Contemporary debates in political philosophy*. Malden: Wiley-Blackwell, 2009. p. 1 e ss.).

O único sentido que pode interessar a um Estado liberal, que é um Estado que permanece neutro diante das diferentes noções de vida boa, é o primeiro, o conceito político de dignidade. Porque o conceito perfeccionista de dignidade equivale a elevar o Estado, um aparato dotado de poderes coercitivos, ao rol de juiz sobre a virtude de seus indivíduos. Ainda que consideremos a prostituição algo pouco admirável – o que está implícito no fato de que ninguém, nem mesmo os profissionais do ramo, aconselhe seus filhos a seguirem essa carreira – não pode ser tarefa do Estado impedir que uma pessoa adulta e responsável tome essa decisão. Doutro modo, ter-se-ia de perguntar por que parar por aqui, porque não proibir também o sexo com animais, a troca de casais, exibições eróticas, todos eles comportamentos que, sem dúvida, não admiramos. Ter-se-ia, ao final, aquilo que se chamou de uma "tirania da dignidade".[25]

Ou seja, partindo de um conceito político de dignidade como autonomia, tem-se de afirmar, decididamente, que não há qualquer perda de dignidade no ato de prostituir-se.[26] Assim sendo, participar desse ato, por meio de mera manutenção de uma casa de prostituição, tampouco lesiona qualquer dignidade. O parecer da Procuradoria-Geral, que é seguido pelo STF, parte do conceito perfeccionista, antiliberal de dignidade, que não reconhece aos indivíduos o direito de viver a sua vida segundo sua própria noção de vida boa.[27]

---

25. NEUMANN, Ulfried. Die Tyrannei der Würde. *Archiv fur Rechts Sozialphilosophie*. vol. 84. Berlin: Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte, 1998, p. 153 e ss.

26. No mesmo sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais*... cit., p. 335 e ss.

27. É verdade que quem, de certa maneira, deu espaço para que a Procuradoria-Geral assim argumentasse foi o legislador, que batizou os crimes sexuais de crimes contra a "dignidade sexual". Se a intenção foi louvável, a execução, mais uma vez, deixou por desejar. Nem tudo que *deriva* da dignidade é *parte* dela e tem o mesmo valor absoluto. Por exemplo, a honra, tutelada pelos tipos dos arts. 138 e ss. do CP, deriva da dignidade, mas ninguém jamais usou o termo de "dignidade reputacional" ou "dignidade tratamental"; a liberdade de agir, tutelada pelo tipo que proíbe o constrangimento ilegal (art. 146 do CP), também deriva da dignidade, e nunca se precisou de termo como a "dignidade comportamental". Não se compreende por que o legislador não descreveu o bem jurídico protegido com o conceito de "autodeterminação sexual" ou "liberdade sexual". Essas dificuldades já foram apontadas por: DIX SILVA. *Crimes sexuais*. Leme: Mizuno, 2006. p. 39 apud MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual*... cit., p. 37 e ss., que com ele concordam. Noutro sentido, louvando a escolha do termo: ESTEFAM, André. op. cit., p. 19; e também: ORCESI,Alessandra; GRECO, Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 66 e ss., que porém defendem a tutela de uma moral a respeito da qual exista consenso social.

4.2 "Exploração sexual"?

O último e mais grave erro da decisão é de afirmar a existência da elementar do tipo "exploração sexual". Mais uma vez, a fundamentação é deficiente. Ela se reduz a uma frase parca de conteúdo: "casa de prostituição é o local destinado à prática de relacionamento sexual habitual mediante remuneração e, consequentemente, com exploração sexual" (n. 5). Curiosamente, essa frase aparece no parágrafo em que a decisão se refere à antiga redação do art. 229 do CP, vigente à época dos fatos. Em parágrafo posterior, no qual se cuida do novo dispositivo, nenhum adicional fundamento é mencionado: a decisão se limita a declarar que "mesmo com a recente alteração legislativa, a conduta imputada aos ora Pacientes permaneceu criminalizada pelo legislador" (n. 7).

É verdade que quem em primeiro lugar andou mal não foi o STF, e sim o legislador, que, ao invés de deixar clara a situação jurídica, legal ou ilegal, das casas de prostituição, preferiu valer-se de um conceito obscuro, até então desconhecido na nossa tradição legislativa e, portanto, sem precedentes interpretativos na doutrina ou na jurisprudência.[28] O indício mais claro que o legislador nos forneceu é de natureza sistemática. Admito que esse indício aponta no sentido da interpretação do STF. Em vários dispositivos (arts. 218-B, *caput*, 228, *caput*, 231, *caput*, 231-A, *caput*, CP) e inclusive na denominação do Capítulo V do Título VI do CP, fala a lei em "prostituição ou outra forma de exploração sexual", o que pode ser entendido como uma confirmação de que, sabe-se lá o que signifique o termo exploração sexual, ao menos a prostituição é um caso claro em que esse termo é de afirmar-se.[29]

Esse entendimento provoca, no entanto, duas ordens de *dificuldades*, que me parecem insuperáveis. A primeira delas diz é de *ordem linguística*. Se já de há muito se lamenta que o legislador não conhece o Direito, creio que, desde

28. Crítico também: NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*... cit., p. 151; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*... cit., art. 229, nota 31: "tipo penal vetusto e, com o novo texto, bizarro".

29. Nesse sentido, por exemplo: ESTEFAM, André, op. cit., p. 120; TJSP, ApCrim 993.04.001353-4, 6.ª Câm. Dir. Crim., j. 15.09.2010, *DJe* 20.10.2010; e TJSP, ApCrim 993.02.034721-6, 6.ª Câm. Dir. Crim., j. 28.10.2010, *DJe* 01.12.2010, ambas relatadas por José Raul Gavião de Almeida, segundo as quais a reforma legislativa teria ampliado o alcance do art. 229 do CP: "a expressão 'estabelecimento em que ocorra exploração sexual' abarca, além do prostíbulo (anteriormente previsto no Código Penal como estabelecimento cujo proprietário ou gerente explora a prostituição de outrem), estabelecimento que tenha por finalidade o turismo sexual, o tráfico de pessoas ou a pornografia."

há pouco, nem mais o português ele domina. Porque a locução "prostituição ou outra forma de exploração sexual" é, já de uma perspectiva linguístico-semântica, um absurdo. Afinal, a prostituição não pode ser uma forma de exploração sexual, porque quem pratica o ato de prostituição é a prostituta (ou o "garoto de programa"), enquanto quem pratica o ato de exploração sexual é – se não se estiver disposto a reconhecer a possibilidade de que uma pessoa se autoexplore – outra pessoa. Não é à toa que o verbo prostituir é, em regra, reflexivo ("prostituir-se"), enquanto o verbo explorar é transitivo direto ("explorar *algo ou alguém*"). Se tentarmos inocentar o legislador desse erro linguístico, afirmando que exploração sexual é algo que é praticado pelo próprio sujeito que se prostitui, então o conceito exploração perde qualquer conteúdo negativo e passa a significar o mesmo que utilizar. Ou seja, sequer de uma perspectiva semântica é possível dizer que prostituição seja uma espécie do gênero exploração sexual. A prostituta não explora nada ou ninguém.

A segunda e ainda mais relevante dessas dificuldades é de *natureza teleológica*. O entendimento do STF, segundo o qual prostituição é "exploração sexual", leva a que o suposto objetivo da reforma legislativa, que foi o de abandonar o moralismo e tutelar apenas a "dignidade sexual", acabe frustrado. Porque, como vimos, a dignidade no sentido político do termo, que é o único sentido que o termo pode ter em uma concepção liberal de Estado, não é afetada nem por quem se prostitui, nem por quem participa dessa conduta. A única maneira de falar em violação da dignidade, aqui, é entendendo a dignidade como um conceito antiliberal, porque perfeccionista ou referido à virtude, o que, como foi dito, é de rechaçar-se.

Assim sendo, mais uma vez se veem a doutrina e a jurisprudência incumbidas de consertar os erros de órgãos legislativos que, apesar de contarem com centenas de funcionários (os quais, se não são qualificados, ao menos custam como se o fossem), ainda assim não conseguem sequer redigir uma lei em bom português. Escrevo isso não apenas como – para usar o termo cotidiano – "desabafo", e sim para fundamentar por que se tem de tomar cuidado com argumentos sistemáticos. Tais argumentos pressupõem a existência de um sistema, isto é, de uma concepção de alcance mais geral com mínima consistência interna; de um legislador que sequer português conhece, seria ingênuo esperar tal concepção. O único ponto de apoio do qual se pode valer a doutrina e a jurisprudência, aqui, é a ideia básica que subjaz tanto à teoria do bem jurídico, como à substituição do termo "crimes contra os costumes" pelo termo "crimes contra a dignidade sexual", a saber: a ideia de que o objeto de proteção dos crimes sexuais não é a moral sexual, e sim o direito de dispor livremente do próprio corpo, aquilo a que se quis chamar dignidade sexual, e a que a melhor

doutrina chama de *autodeterminação sexual*.[30] Ou seja, o termo "exploração sexual" tem de ser entendido teleologicamente: ele tem de compreender apenas os casos em que a autodeterminação sexual é lesionada.

Noutras palavras: exploração sexual, no sentido do art. 229 do CP,[31] é de afirmar-se já *de lege lata* apenas nos casos em que a pessoa que pratica atos sexuais não o faz de modo livre, e sim age com *vontade viciada* por *fraude* ou *coação* praticada pelo agente, ou em *condições* das quais decorre um efeito coativo, do qual, por sua vez, se aproveita o autor, como uma espécie de usurário sexual.[32] Já existem precedentes de Tribunais de Justiça que tentam interpretar o termo "exploração sexual" do art. 229 do CP em sentido similar.[33] Essa interpretação

30. Entre nós: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais*... cit., p. 167 e ss., p. 383.

31. Com o que fica também em aberto se o termo exploração sexual no sentido dos outros dispositivos tem de ter o mesmo conteúdo – um exemplo do conhecido fenômeno da relatividade dos conceitos jurídicos (fundamental MÜLLER-ERZBACH, Rudolph. Die Relativität der Rechtsbegriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes. *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. vol. 61. p. 343 e ss. Jena: G. Fischer, 1912), que podem, em dispositivos diversos, apresentar conteúdo também diverso.

32. A caracterização dessas condições tem de ficar por ora em aberto. Há de se levar em conta, entretanto, que não se pode exigir para a liberdade do consentimento uma liberdade total, que inexiste na maior parte das decisões da vida cotidiana. Nenhum de nós é absolutamente livre para deixar de almoçar e jantar; nem por isso considera-se extorsão (art. 158 do CP) o fato de termos de pagar por uma refeição. Bem próximas as considerações de MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual*, p. 19 e ss.

33. TJSP, ApCrim 990.10.395107-7, 1.ª Câm. Dir. Crim., j. 17.01.2011, rel. Marco Nahum, *DJe* 09.03.2011, se bem que mesclado com o argumento da adequação social; TJSP, ApCrim 0014205-59.2003.8.26.0477, 1.ª Câm. Dir. Crim., j. 17.01.2011, rel. Márcio Bartoli, *DJe* 09.03.2011; TJSP, ApCrim c/ Rev 990.10.348072-4, 16.ª Câm. Dir. Crim., j. 15.03.2011, rel. Pedro Menin, *DJe* 23.03.2011, (a decisão cita, sem referência, texto de Nagib Eluf, segundo o qual: "Explorar é colocar em situação análoga à de escravidão, impor a prática de sexo contra vontade ou, no mínimo, induzir a isso, sob as piores condições, sem remuneração nem liberdade de escolha. A prostituição forçada é exploração sexual, um delito escabroso, merecedor de punição severa, ainda mais se praticando contra crianças"); TJSP, ApCrim 0002605-45.2008.8.26.0128, 9.ª Câm. Dir. Crim., j. 16.06.2011, rel. Francisco Bruno, *DJe* 29.06.2011. Similar: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*... cit., art. 229, nota 31: "exploração sexual é expressão ligada a tirar proveito de alguém, em detrimento dessa pessoa, valendo-se de fraude ou ardil". Um caminho um pouco diferente e, a meu ver, errôneo é o de conceder que prostituição seria exploração sexual, mas ainda assim afirmar que o tipo do art. 229 abrangeria apenas os estabelecimentos destinados *especifica e unicamente* a essa atividade (nesse

permite harmonizar o tipo do art. 229 do CP com os objetivos liberalizantes da própria reforma do direito penal sexual e já por essa razão deve ser preferida. Ao que parece, inexistiam no caso concreto elementos de fato que indicassem a presença de similar atentado à autodeterminação sexual. A ordem deveria ter sido concedida, porque não estava realizada a elementar "exploração sexual".

5. CONCLUSÃO

Há, portanto, um caminho intermediário entre o de resignar-se com um dispositivo moralista e o de sobrepor-se à lei vigente com argumentos de duvidosa cogência.

a) A adequação social é um mau argumento, principalmente porque do fato bruto de que algo se pratique e se aprove socialmente não decorre que o legislador tenha de permiti-lo.

b) A fragmentariedade ou a intervenção mínima dizem que o direito penal não pode proibir tudo, mas tampouco ajudam a determinar o que fica de fora do âmbito de intervenção do direito penal.

c) Não há um bem jurídico moralidade pública. Ainda assim, ações imorais podem, indiretamente, provocar lesões a bens jurídicos, de modo que só com base no conceito (político-criminal, e não meramente dogmático) de bem jurídico, ainda não seria possível declarar atípica a conduta dos pacientes.

d) Não é compatível com o ideário do Estado liberal conceber a dignidade nos moldes perfeccionistas, como algo que pode ser lesionado pelo próprio titular. Quem apenas participa da conduta juridicamente inócua de outrem tampouco está violando a dignidade dessa pessoa, de modo que não é possível se reportar à dignidade para justificar o dispositivo do art. 229 do CP.

e) A saída que já foi vista por vários recentes julgados está em interpretar teleologicamente, isto é, em consonância com o bem jurídico "dignidade sexual" (ou melhor: autodeterminação sexual) o conceito de "exploração sexual" de que fala o art. 229 do CP. Exploração sexual segundo o art. 229 do CP não é, nem mesmo semanticamente, gênero do qual a prostituição é espécie, e sim algo de todo diverso, a saber, uma situação em que, por fraude, coação ou aproveitando-se de condições coercitivas se viola a autodeterminação sexual.

---

sentido: TJSP, ApCrim c/ Rev 990.10.008455-0, 4.ª Câm. Dir. Crim., j. 14.09.2010, rel. Salles Abreu, *DJe* 14.12.2010; de acordo, ao que parece: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*... cit., art. 229, notas 36 e 37). Se há de fato coação ou fraude, pouco importa que o estabelecimento também sirva bebidas e ofereça sauna.

6. BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CHRISTIANO, Thomas; CHRISTMAN, John. Introduction. In: _____; _____ (coords.). *Contemporary debates in political philosophy*. Malden: Wiley-Blackwell, 2009. p. 1 ss.

DIX SILVA. *Crimes sexuais*. Leme: Mizuno, 2006.

ESER, Albin. "Sozialadäquanz": eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur? In: SCHÜNEMANN, Bernd et al (coords.). *Festschrift für Roxin*. Berlin/New York: DeGruyter, 2001. p. 199 ss.

ESTEFAM, André. *Crimes sexuais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GÖZTEPE, Ece. Rechtliche Aspekte der sog. Ehrenmorde in der Türkei. *Europäische Grundrechts Zeitschrift (EuGRZ)*. vol. 35. p. 16 e ss. Kehl: Norbert Paul Engel Verlag, 2008. p. 16 ss.

GRECO, Luís. O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar. In: _____; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 9 ss.

_____. A crítica de Stuart Mill ao paternalismo. *Revista Brasileira de Filosofia*. vol. 227. p. 321 e ss. ano 54. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 321 ss.

_____. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus (org.). *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1 ss.

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

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do tribunal constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 87. p. 84 e ss. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2010.

_____. "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. ano 12. p. 89 e ss. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2004.

_____. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 75 ss.

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do tribunal constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 82. p. 165 e ss. São Paulo: Ed. RT, jan. 2010.

HANACK, Ernst-Walter. Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen? *Gutachten A für den 47. Deutschen Juristentag*. München: Beck, 1968. vol. I. p. A7 ss.

HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. Frankfurt am Main: Europäische Verlagsanstalt, 1980.

HILGENDORF, Eric. *Die missbrauchte Menschenwürde. Jahrbuch für Recht und Ethik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999. vol. 7. p. 137 ss.

HIRSCH, Hans-Joachim. Soziale Adäquanz und Unrechtslehre. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*. vol. 74. p. 78 e ss. Berlin: De-Gruyter, 1962.

HOERSTER, Norbert. Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde. *Juristische Schulung*. München: C. H. Beck Verlag, 1983. p. 93 e ss.

JÄGER, Herbert. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1957.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plinio. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. vol. 61. p. 7 e ss. São Paulo: Síntese, 2011.

MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992.

MIR PUIG, Santiago. Significado y alcande de la imputación objetiva em derecho penal. *Nuevas formulaciones em las ciencias penales – Homenaje al prof. Claus Roxin*. Córdoba: Lerner, 2001. p. 61 e ss.

MÜLLER-ERZBACH, Rudolph. Die Relativität der Rechtsbegriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes. *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. vol. 61. p. 343 e ss. Jena: G. Fischer, 1912.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho penal – Parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

NEUMANN, Ulfried. Die Tyrannei der Würde. *Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie*. vol. 84. p. 153 e ss. Berlin: Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

_____. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

OTTO, Harro. Soziale Adäquanz als Auslegungsprinzip. In: BÖSE, Martin; STERNBERG-LIEBEN, Detlev (coords.). *Festschrift für Amelung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. p. 225 ss.

POHLREICH, Erol Rudolf. *Ehrenmorde. Wandel des Strafrechts. Eine vergleichende untersuchung unter Berücksichtigung des römischen, französischen, türkischen und deutschen Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

ORCESI, Alessandra; GRECO Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

RAWLS, John. Justice as fairness: political, not metaphysical. *Collected papers*. Massachussets/London: Harvard University Press, 1999 (primeira publicação em 1985). p. 388 e ss.

_____. Political liberalism: fundamental ideas. *Political liberalism*. Expanded Edition. New York: Columbia University Press, 1993. p. 3 e ss.

_____. Reply to Habermas. *Political liberalism*. Expanded Edition. New York: Columbia University Press, 1993. p. 372 e ss.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Hamburg: Cram de Gruyter, 1963.

_____. Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht. In: KOHLMANN, Gunter; KLUG, Ulrich (coords.). *Festschrift für Ulrich Klug*. Köln: Peter Deubner Verlag, 1983. vol. I. p. 303 e ss.

_____. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. ed. München: Beck, 2006. vol. I.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de "bem jurídico". Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 101 e ss.

_____; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 6. ed. München: Vahlen, 2011.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin: DeGruyter, 1969.

_____. Studien zum System des Strafrechts. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York: De Gruyter, 1975. p. 120 e ss.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Casa de prostituição, de Ariosvaldo de Campos Pires – *RT* 703/406;
- Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico?, de Gisele Mendes de Carvalho – *RCP* 12/177;

- Por um novo direito penal sexual – A moral e a questão da honestidade, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RBCCrim* 33/133; e
- Prostituição regulamentada, de Paulo José Costa Júnior – *RT* 684/408.

Veja também Jurisprudência

- *Habeas Corpus* a respeito da manutenção de casa de prostituição: *RT* 896/526;
- Recurso Especial acerca da ilicitude das casas de prostituição: *RT* 885/556; e
- Recurso Especial sobre estabelecimentos situados em zona de meretrício: *RT* 774/554.

Quo vadis? – El cumplimiento normativo

4

Raúl Cervini

Catedrático de Derecho Penal de Posgrado y Director del Departamento Penal de la Universidad Católica del Uruguay. Director de la Maestría de Certificación para Oficiales de Cumplimiento Isede-Ucudal. Profesor efectivo en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República. Secretario-general para América Latina y segundo Vice-presidente del Consejo Consultivo Internacional del Iceps.

Área do Direito: Penal

Resumen: La ponencia trata inicialmente el origen del instituto en los diferentes sistemas jurídicos y su asimilación en nuestra realidad, enfatizando el hecho de que, universalmente, el desplazamiento de las cargas de vigilancia fue acompañado con un incremento constante de las tareas asignadas al Oficial de Cumplimiento. Se analiza el concepto del instituto, su reconocimiento normativo en Uruguay, las funciones que le son asignadas por la normativa, los instrumentos con los cuales cuenta, con especial referencia a las Matrices de Riesgo. Posteriormente se propone una metodología de raíz tomográfica útil para un adecuado diseño del sistema de alarmas sobre las cuales se vertebran las Matrices de Riesgo. Se analiza el procedimiento básico del modelo propuesto, otros supuestos teóricos del mismo y ejemplos de su aplicación. Por últimos se establecen algunas conclusiones que se refieren tanto a la relación entre el modelo y las tareas del Compliance como a otras consecuencias generales que se extraen de ella, en el ámbito dogmático y en el de la política criminal.

Palabras clave: Oficial de Cumplimiento – Matrices de riesgo – Señales de alarma – Modelo tomográfico – Procedimiento básico.

Abstract: The beginning of the paper discusses the origin of the established principle in different legal systems and its assimilation into our reality, emphasizing the fact that the shift in the oversight load came along with a steady increase in the tasks assigned to the Compliance Officer. There is analysis of the concept of the established principle, its legal recognition in Uruguay, the functions assigned to it by law and the instruments that it has, with special mention to the Risk Matrixes. Then, a methodology of tomographic root is proposed to be used for the proper design of the alarm system on which the Risk Matrixes rely on. The basic procedure of the proposed model, other theoretical hypothesis and examples of its application are analyzed. Finally, some conclusions are drawn regarding not only the relationship between the model and the tasks of compliance but also regarding other general consequences deriving from it, within the dogmatic scope and the criminal policy.

Keywords: Compliance officer – Risk matrixes – Warning signs – Tomographic model – Basic procedure.

SUMARIO: 1. Origen y antecedentes – 2. Concepto: 2.1 Concepto general; 2.2 Algunas regulaciones nacionales de definen al Oficial de Cumplimiento – 3. Reconocimiento normativo en el Uruguay: 3.1 Instituciones que deben contar con Oficial de Cumplimiento; 3.2 Jerarquía; 3.3 Protección legal; 3.4 Obligación de medios – 4. Funciones del Oficial de Cumplimiento – 5. Instrumentos – 6. Metodología apropiada para una adecuada estructura de las matrices de riesgo: 6.1 Concepto de macro o extra criminalidad económica; 6.2 Metodología de apreciación de la macro delincuencia económica; 6.3 Análisis clínico-sintomatológico de la macro delincuencia económica; 6.4 Análisis tomográfico de los mecanismos económicos: 6.4.1 Concepto; 6.4.2 Procedimiento esquemático; 6.4.3 Otros supuestos teóricos del modelo; 6.4.4 Aplicación; 6.4.5 Análisis de algunos ejemplos concretos – 7. Conclusiones inherentes a la ponencia y consecuencias generales, dogmáticas y de política criminal – 8. Bibliografía.

1. ORIGEN Y ANTECEDENTES

1.1 Los antecedentes del instituto analizado pueden rastrearse desde distintas perspectivas. La publicista brasilera Vanessa Alessi Manzi,[1] en valiosa monografía, encuentra los antecedentes más remotos del instituto analizado, en la Creación del Board of Governors of the Federal Reserve e los EEUU en 1913. Nosotros preferimos remitirnos estrictamente a los acuerdos y documentos a través de los cuales se perfila, directa o indirectamente, pero con suficiente nitidez la figura del Oficial de Cumplimiento.[2]

1.2 En la jurisdicción de los Estados Unidos de América, la idea de Compliance emerge con la creación del *Prudential Securities en 1950* y con la *Regulación del SEC de 1960*, donde con toda claridad se hace referencia a la necesidad de institucionalizar los "Compliance Officers" con la finalidad de crear –en su ámbito– procedimientos de control, monitorear operaciones y entrenar personal.

A un nivel más general con relación al sistema financiero en su conjunto, las leyes *de Informes sobre Monedas y Transacciones Extranjeras conocida como Ley del Secreto Bancario (BSA) de 1970* (obligación de completar el formulario 4789 del Departamento de Hacienda "Currency Transaction Report" o CTR) y la posterior *ley ampliatoria de la "Currency Transaction Report"* (obligación de denuncia al Tesoro de operaciones en efectivo superior a los US$10.000) generan un ámbito funcional propio del Compliance pero no mencionan expresamente a la persona encargada de la consiguiente tarea.

---

1. ALESSI MANZI, Vanessa: Compliance no Brasil – Consolidação e perspectivas. San Pablo: Saint Paul Institute of Finance, 2008. p. 27.

2. BACRIE, Stephane: Drugs and financial system, european report, 1998. *Informe Iceps (VM) a la Reunión de Nueva York de diciembre 1998.*

La Reglamentación de la Ley sobre Secreto Bancario de abril de 1996 que establece *la obligación de reportar operaciones sospechosas* mediante el formulario SAR ante el FinCEN. La ley del 96 alude expresamente por primera vez, en términos de obligación general del sistema financiero estadounidense, a aquellos que designa como "(...) Oficiales internos para cumplimiento de la Ley y prevención de riesgo corporativo (...)".[3]

1.3 *En lo que refiere al Ámbito Europeo la Convención Relativa a las Obligaciones de Diligencia de los Bancos en el Marco de la Asociación de Bancos Suizos* aprobada el 09.12.1977 establece las bases de un sistema de autorregulación de conducta de la profesión, bancaria cuya observancia se establece como recíprocamente obligatoria entre las instituciones y su incumplimiento resulta susceptible de ser sancionado por multas y otras penalidades a favor de la Asociación de Bancos Suizos.

Este acuerdo sienta las bases de una correcta y fidedigna identificación del cliente; la obligación de identificar no sólo al contratante ostensible sino al verdadero titular del derecho económico (cliente sustantivo) y la carga de monitoreo de sus operaciones. A efectos de implementar el referido sistema, la Regulación 276-6b de enero 1978, hace una primer y expresa referencia a la necesidad de "(...) formar adecuadamente a los funcionarios bancarios encargados de cumplir esas tareas tan sensibles (...)". En ese instante empieza a dibujarse la figura del Oficial de Cumplimiento en el marco europeo.[4]

Lo cierto es que *estas obligaciones de naturaleza original autorregulatoria fueron luego progresivamente expropiadas por la normativa nacional de la Federación Suiza, originalmente, y todos los países europeos a la fecha, y en forma casi paralela las Agencias Estatales del Control proceden a realizar un virtual desplazamiento de las cargas de vigilancias (propias en los agentes públicos) sobre los particulares (entidades financieras y sus funcionarios).*[5]

Esta tendencia se consolida en Europa a partir de la aprobación de *la Declaración de Principios de Basilea de 12.12.1988*. Emitida por el Comité de

3. Cf. sobre el tema: Alan E. Brill, Fletcher N. Baldwin Jr.; Robert J. Munro, *Cybercrime & security*, [S.L.]: Pauline C. Reich Ed., 2008. t. I, p. 65, tratado de referencia en tres volúmenes.

4. FLECK MOYANO, Patricia Luján. *Global bank risk*. Berna: Hasser, 2008. Cap. I, p. 16.

5. CERVINI, Raúl. Concerning articles 305 bis and 305 ter of the Swiss Criminal Code (CPS) relating to money laundering and lack of vigilance in the field of financial transactions. *Law and Criminology Review*. vol. 10. n. 2. Austin: School of Law, University of Texas at Austin, abr.-jun. 1992. p. 101.

Regulaciones y Prácticas de Supervisión Bancaria formado por los Directores de los Bancos Centrales del Grupo de los Diez destinado a instituciones financieras de todo el mundo. Ratificada por la Circular 231 de la OCC.

La Convención de Basilea establece 6 paradigmas básicos:

Identificación del cliente, seguimiento operativo (monitoreo), resguardo documental, cumplimiento de las leyes, cooperación con las autoridades (dentro del contexto normativo), adhesión a los principios de la Convención por parte de los Bancos y todo su staff. Se aclara expresamente que las primeras premisas operativas "requerían de funcionarios especializados en cada institución".

La Directiva Europea de Julio de 1991 establece la obligación de reportar operaciones sospechosas. Esta nueva carga "se adjudica primariamente a los bancos pero se instrumentará por medio de Auditores o personal dedicado especialmente a las funciones de prevención corporativa." (Relato del Consultor de la CEE, Sergio Vallini a la Secretaría General del Grupo Comunitario, Paper – GEO-145/991).[6]

1.4 Más modernamente debemos mencionar a la Nota Interpretativa a la Recomendación 15 del GAFI, establece en su párrafo segundo: "para las instituciones financieras, los dispositivos respecto de la gestión del cumplimiento *deberían incluir la designación de un funcionario de cumplimiento* (...)".

Lo mismo cabe manifestar, del Reglamento Modelo de la Cicad-OEA sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves, que en su art. 21 titulado Programas de Cumplimiento Obligatorio por parte de las Instituciones Financieras, dispone en su párrafo tercero el deber por parte de estas últimas, en designar a funcionarios para vigilar el cumplimiento de los programas y procedimientos internos, entre otras tareas.

Finalmente, dentro de este somero esquema debe mencionarse el Acta Patriótica de los EEUU de octubre 2001, que en su art. 352 modificativo del art. 5318 *h*) de su Federal Crimanal Code and Rules, expresa: que las entidades financieras, a fin de protegerse contra el lavado de dinero, deberán establecer programas antilavado de dinero, que deben incluir como mínimo:

a) el desarrollo de políticas, procedimientos y controles internos;

b) la designación de un "compliance officer";

---

6. Cf. CASTALDO, Andrea: L'economia malata: la ricchezza di origine illecita. La lotta al reciclaggio nell' ottica del diritto penale italiano. *Doc. Iceps: SGE/tb/261/2002*. Ponencia a coloquio del Morton Banking Center de New York, dic. 2002.

c) un permanente programa de capacitación.

1.5 De modo concomitante al ya citado desplazamiento de las cargas de vigilancia hacia el sector privado, especialmente en el caso de las instituciones financieras, se fue consolidando progresivamente la necesidad, de que los sujetos obligados, tuvieran adecuadamente definida desde el punto de vista institucional la persona o personas (funcionario) a las cuales la normativa asigna esas crecientes responsabilidades en el ámbito del control interno operativo y la condición de canal de comunicación entre la respectiva institución y el sector público. Todo ello, reitero, relacionado con el complejo sistema de prevención que se les impone implementar a ciertos particulares.

2. CONCEPTO

2.1 Concepto general

En este escenario se fue perfilando la figura del Oficial de Cumplimiento (*Compliance Officer* en inglés), al que puede y debe definirse en virtud de las funciones que el propio sistema normativo le adjudica.

Se señala en términos introductorios que el Oficial de Cumplimiento es la persona responsable de vigilar la adecuada implementación y funcionamiento del Sistema de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo en el sujeto obligado.[7]

Con más detalle el Reglamento Modelo indica que es el funcionario de nivel gerencial encargado de vigilar el cumplimiento de los programas y procedimientos internos, incluidos el mantenimiento de registros adecuados y la comunicación de transacciones sospechosas.[8]

En otras palabras, es el funcionario corporativo encargado de verificar la existencia, suficiencia y eficacia de los mecanismos diseñados para prevenir el lavado de dinero.[9]

Consideramos, a modo de síntesis, que *es aquel ejecutivo de una entidad financiera (en el sentido amplio, según el glosario del Gafi, Cicad-OEA, etc.) sobre el que recae la responsabilidad de diseñar, implantar y controlar el adecuado*

7. [www.sbs.gob.pe].

8. Reglamento modelo sobre el delito de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves.

9. CALDERON, Edwin: *Métodos de control del delito en el sistema financiero. Comisión Andina de Juristas, lavado de dinero: el sistema legal y su impacto socio económico.* 1. ed. Lima: Caj, 2000. p. 140.

funcionamiento del sistema de prevención del LA/FT, constituyéndose en el nexo de comunicación entre el sujeto obligado que representa y las autoridades competentes.

2.2 Algunas regulaciones nacionales de definen al Oficial de Cumplimiento

2.2.1 Para los *Bancos* el art. 35.7 de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero (RNRCSF) define al oficial de cumplimiento como el funcionario de categoría personal superior ajeno a la función de Auditoría Interna (art. 35.6 RNRCSF): "(...) *responsable por el adecuado funcionamiento de las políticas, procedimientos y mecanismos de control implementados a efectos de identificar, medir, controlar y monitorear el riesgo de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.* [Responsable de] *promover la permanente actualización de las políticas y procedimientos aplicados por la institución.* [y] (...) *será el funcionario que sirva de enlace con los organismos competentes.*"

2.2.2 Para las *Casas de Cambio* el art. 423.1.*c* RNRCSF en una definición casi idéntica, lo define como: "(...) el responsable de la implantación, el seguimiento y control del adecuado funcionamiento del sistema, debiendo promover la permanente actualización de las políticas y procedimientos aplicados por la institución. Además, será el funcionario que servirá de enlace con los organismos competentes".

"También será responsable de documentar en forma adecuada la evaluación de riesgos realizada por la casa de cambio y los procedimientos de control establecidos para mitigarlos, conservando la información sobre los controles, análisis de operaciones y otras actividades desarrolladas por los integrantes del área a su cargo."

2.2.3 Para las Oficinas de *Representación*, el art. 452.3.c de la RNRCSF, también en una definición del estilo lo define como: "(....) *el responsable de la implantación, el seguimiento y control del adecuado funcionamiento del sistema preventivo [de lavado de dinero], debiendo promover la permanente actualización de las políticas y procedimientos aplicados por la institución. Además, será el funcionario que servirá de enlace con los organismos competentes.*"

2.2.4 La normativa *del Mercado de Valores* lo define con un criterio muy similar (RNRCMV, art. 277.c: "(...) *el responsable de la implantación, el seguimiento y control del adecuado funcionamiento del sistema. Además, será el funcionario que servirá de enlace con los organismos competentes. También será responsable de documentar en forma adecuada la evaluación de riesgos realizada por la institución y los procedimientos de control establecidos para mitigarlos, conservando la información sobre los controles, análisis de operaciones y otras actividades desarrolladas por los integrantes del área a su cargo.*").

3. RECONOCIMIENTO NORMATIVO EN EL URUGUAY

3.1 Instituciones que deben contar con Oficial de Cumplimiento

Acompañando las iniciativas de carácter internacional, el ente regulador nacional, igualmente ha dispensado un especial y minucioso tratamiento, respecto al Oficial de Cumplimiento en la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero y en la Recopilación de Normas del Mercado de Valores, como se observa en detalle.

RNRCSF, Libro I, arts. 35.6 y 35.7[10]	Instituciones de Intermediación Financiera
RNRCSF, Libro IV, art. 408, Parte decima[11]	Instituciones de Intermediación Financiera Externas
RNRCSF, Libro VII, art. 423.1 literal c)[12]	Casas de Cambio
RNRCSF, Libro VIII, art. 449 por remisión al Libro I[13]	Bancos de Inversión
RNRCSF, Libro IX, art. 452.3 literal c)[14]	Representaciones de Entidades Financieras del exterior
RNRCSF, Libro XI, art. 490.1 literal c)[15]	Empresas Administradoras de Crédito

10. 1.a) Libro I, arts. 35.6 y 35.7 RNRCSF – Instituciones de intermediación financiera – Circ. 1987 de fecha *03.04.2008*.
11. 1.b) Libro IV, art. 408 (Remisiones) RNRCSF – Ifes – punto 13 de la Circ. 1987 de fecha *03.04.2008*.
12. 1.c) Libro VII, art. 423.1.c RNRCSF – Casas de cambio – Circ. 2048 de fecha *05.01.2010*.
13. 1.d) Libro VIII; art. 449 (Remisiones) RNRCSF – Bancos de inversión – punto 13 de la Circ. 1987 de fecha *03.04.2008*.
14. 1.e) Libro IX; art. 452.3.c RNRCSF – Representaciones de entidades financieras del exterior – Circ. 2006 de fecha *03.12.2008*.
15. 1.f) Libro XI; art. 490.1.c RNRCSF – Empresas administradoras de crédito – Circ. 2006 de fecha 03.12.2008.

RNRCSF, Libro XII, art. 502.1 literal c)[16]	Empresas de Transferencias de Fondos
RNRCSF, Libro XIII, art. 510.1 literal c)[17]	Empresas de Servicios Financieros
RNMV, Libro IX, art. 277 literal c)[18]	Intermediarios de Valores
RNMV, Libro IX, art. 477 literal c)[19]	Administradoras de Fondo de Inversión
RNMV, Libro IX, art. 285.9 literal c)[20]	Asesores de Inversión
RNMSR, Libro I, art. 39.1.1 literal c)[21]	Empresas de Seguros y Reaseguros

3.2 Jerarquía

Diversos cuerpos normativos de carácter internacional, han reconocido la trascendencia del rol que debe desempeñar el OC no solamente en la prevención del riesgo que representa para la empresa a la que pertenece, la utilización de la misma para el lavado de activos y/o la canalización de fondos parea financiar el terrorismo, sino también por el aporte que brinda al *mantenimiento sanitario* del sistema financiero en su conjunto. En consecuencia estatuyen que su cargo deberá estar comprendido en los niveles gerenciales de la institución. En efecto, tanto la ya citada Nota Interpretativa a la Recomendación 15 del GAFI, como el Reglamento Modelo de la Cicad-OEA, establecen un *nivel gerencial para el Oficial de Cumplimiento*.

16. 1.g) Libro XII, art. 502.1.c RNRCSF – Empresas de transferencias de fondos – Circ. 2078 de fecha *21.02.2011*.
17. 1.h) Libro XIII, art. 510.1.c RNRCSF – Empresas de servicios financieros – Circ. 2048 de fecha *05.01.2010*.
18. 1.i) Libro IX, art. 277.c RNMV – Intermediarios de valores – Circ. 1993 de fecha *17.06.2008*.
19. 1.j) Libro IX, art.477.c RNRCMV – Administradoras de fondos de inversión – Circ. 1993 de fecha *17.06.2008*.
20. 1.k) Libro IX, art. 285.9 RNRCMV – Asesores de inversión – Circ. 2046 de fecha *05.01.2010*.
21. 1.j) Libro I, art. 39.1.1 RNRCSR – Empresas de seguros y reaseguros – Circ. 91 de fecha *21.11.2008*.

Del mismo modo, la reglamentación nacional dictada por el Banco Central del Uruguay y otros tantos reguladores en sus respectivas jurisdicciones, recogen este enfoque, imponiendo a las entidades sujetas a su regulación y supervisión, que el oficial de cumplimiento esté *comprendido en la categoría de personal superior*. En esta dirección, se aprecian las normas uruguayas que se detallan.

RNRCSF, Libro I, art. 35.6	Instituciones de Intermediación Financiera
RNRCSF, Libro VII, art. 419.1 literal b)	Casas de Cambio
RNRCSF, Libro XI, art. 490.1 literal c)	Empresas Administradoras de Crédito
RNRCSF, Libro XII, art. 502.1 literal c) párrafo segundo	Empresas de transferencia de fondos
RNRCSF, Libro XIII, art. 506.1 literal b), 501.3 y 519	Empresas de Servicios Financieros
RNMV, Libro IX, art. 277.2	Intermediarios de Valores

3.3 Protección legal

La reciente modificación de legal, viene a reafirmar mediante el art. 3 inciso tercero de la Ley 17.835, en la redacción dada por el art. 1 de la Ley 18.494, la significación y trascendencia del Oficial de Cumplimiento, confiriendo un tratamiento de estricta reserva de su identidad, como modo de proteger la ejecución de su deber de colaboración, en su carácter de nexo con las autoridades.

3.4 Obligación de medios

Por último, y no menos importante, se hace insoslayable ratificar que las obligaciones que recaen sobre el Oficial de Cumplimiento son de medios y no de resultado. Esto quiere decir que la actuación del citado profesional, no implica un blindaje impenetrable del sistema, no garantiza la inmunidad absoluta del sujeto obligado con respecto a una eventual operación de lavado, por el contrario, cumplirá con su deber cuando conduzca todos los esfuerzos necesarios, adoptando el debido cuidado técnico, tomando en cuenta los recursos (humanos y materiales) que ponga a su disposición la entidad obligada, para la más eficaz *administración del riesgo* de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Va de suyo que las funciones de *implementar* y *controlar* el funcionamiento del sistema interno de prevención, se erigen en cometidos primarios del Oficial de Cumplimiento, que hacen la cerne de su configuración funcional.[22]

4. FUNCIONES DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO

4.1 La Federación Brasilera de Bancos Nacionales y la Asociación Brasilera de Bancos Internacionales han señalado en 2003 que la misión del oficial de Cumplimiento es la de asegurar, en conjunto con las demás áreas institucionales, la adecuación, el fortalecimiento y el funcionamiento del sistema de controles internos de la institución, procurando mitigar los riesgos de acuerdo con la complejidad de sus negocios, así como difundir la cultura de controles para asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentaciones existentes.

4.2 Teniendo en cuenta las exigencias funcionales contemporáneas que le son impuestas, corresponde sobresaltar la referencia al *diseño de políticas*, a la cual aludimos en el concepto introductorio, pues el Oficial de Cumplimiento hoy día, debe, no solamente abocarse a las *tareas ejecutivas-operativas que le fueron clásicamente asignadas* (conocimiento del cliente, seguimiento operativo, resguardo documental, presentación de reportes de operaciones sospechosas, formación) y a *las posteriormente adjudicadas:* (definición de perfiles de clientes, definición de los factores que conformarán las matrices de riesgo etc.), sino que, *contemporáneamente también tendrá que involucrarse desde el inicio y con actitud proactiva, en la formulación de las políticas corporativas* relacionadas con el cumplimiento normativo, así como la formación permanente de una "cultura del cumplimiento" de todos los funcionarios, asumiendo con clara independencia técnica, un rol protagónico en la implementación ejecutiva de estos y otros procedimientos de la entidad, atinentes al sistema integral de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

5. INSTRUMENTOS

Es un hecho reconocido que el proceso de gestión de riesgo general de las instituciones financieras no cubre con la suficiente eficiencia las tareas asig-

22. CERVINI, Raúl. Evolución de la legislación antilavado en el Uruguay. *Cuadernillo FD. Curso de posgrado: administración del riesgo de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo 2011, agosto 2011*. Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad Austral, 2011. p. 108 ss. En el mismo sentido ver: _____. Act. SUÁREZ, Cristian. Act. *Documento básico sobre la evolución del lavado de activos en el Uruguay-Curso Certificación Oficiales de Cumplimiento*. Montevideo: Isede-Ucudal, ago. 2011. p. 99 ss., actualizado por el autor y el Prof. Christian Suárez.

nadas al Oficial de Cumplimiento, principalmente aquellas relacionadas a la prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Por consiguiente, se hace necesario generar en el ámbito del Compliance Institucional Matrices de Riesgo o Matrices de Compliance que atiendan a las específicas necesidades y cargas del Cumplimiento Normativo.

La Matriz de Riesgo Regulatorio en sentido lato estará integrada por toda la regulación aplicable al sector obligado, las políticas internas aplicadas al negocio, su riesgo inherente, controles internos idóneos para mitigar esos riesgos, testes para validar esos controles, revisión permanente de los mismos y el riesgo residual.

Pero para la estructura de las Matrices de Riesgo de Compliance, es necesaria la ponderación de otras variables. Es fundamental la determinación y diseño de los *Key Risk Indicators* técnicamente idóneos. Estos indicadores de riesgo deberán ser racionalmente ajustados a cada área de negocios específica, ello constituye un imperativo categórico de la actuación profesional, en el entendido de que el Oficial de Cumplimiento solo estará en condiciones de monitorear adecuadamente una actividad si conoce con absoluto detalle su funcionamiento. Consecuentemente, solo estará en condiciones de reportar una operación como sospechosa si cuenta con el aludido pertrechamiento técnico.

El paradigma conocido como "Conoce a tu cliente = conoce la(s) actividad(es) de tu cliente", tiene implicaciones derivadas. Conocer la actividad del cliente, significa (a) conocer el conjunto de los nichos sectores empresariales viables de la respectiva jurisdicción; (b) conocer adecuadamente el sector de actividad dentro del cual el cliente se desenvuelve; (c) definir a modo general los parámetros de las empresa que integran el nicho (recursos, objetivos directos e indirectos, rentabilidad esperada, etc.); (d) conocer las relaciones entre los jugadores (empresas) que integran el mismo nicho de actividad; (e) en ese contexto pasar a conocer los objetivos, recursos, expectativas racionales de mercado etc., de la empresa analizada: y por último (f) analizar la trama de relaciones en lo interno del potencial cliente . Esta tarea requiere una postura metodológica que nosotros consideramos de gran eficacia para detectar y prevenir la mayoría de los delitos complejos y sofisticados. Precisamente sobre ese tema, nuestro juicio fundamental, dedicaremos el segmente siguiente de nuestra exposición.[23]

23. CERVINI, Raúl. Metodología para una adecuada comprensión, tipificación y aprehensión de la criminalidad económica (convencional y compleja). *Revista Estudios*

6. METODOLOGÍA APROPIADA PARA UNA ADECUADA ESTRUCTURA DE LAS MATRICES DE RIESGO

6.1 Concepto de macro o extra criminalidad económica

El Profesor norteamericano Severin, quien reúne la doble condición de abogado criminal y economista, reflexiona en el sentido que *la macro o extracriminalidad económica contemporánea configura la expresión emergente de una nueva forma de desviación estructural, aquélla vinculada al ejercicio ilícito u objetivamente abusivo de las leyes económicas y de los mecanismos o resortes superiores de la economía, fundamentalmente a los conocidos como mecanismos económicos abiertos, los que no necesariamente se vinculan a la llamada economía de mercado, a saber: los mecanismos del equilibrio de la economía nacional con el mundo exterior (mecanismo de los cambios), los de transformación del capital en renta y de la renta en capital (mecanismos financieros y bursátiles), los de la circulación y aplicación de activos y finalmente los del equilibrio entre la producción y el consumo (manejo de los "commodities", carteles, abusos al consumidor, etc.).*[24]

Lo expresado resulta muy al caso debido a que los procesos de lavado de activos son, generalmente caracterizados como formas de macro o extra criminalidad económica, vinculados al ejercicio ilícito u objetivamente abusivo de las leyes económicas y de los mecanismos o resortes superiores de la economía.

6.2 Metodología de apreciación de la macro delincuencia económica

(Aspectos generales). Como vemos, una exacta identificación y comprensión de los fenómenos de macro delincuencia económica requiere una evaluación estructural global lo suficientemente amplia como para que no se desentienda de la dinámica de los mecanismos económicos involucrados. Pero más aún, la simple postura amplia no alcanzará a la hora de resolver en el plano teórico y aún en la práctica, ciertos problemas connaturales a los fenómenos macro delictivos si no se comprende el funcionamiento real de los mecanismos superiores de la economía. Allí se encuentra el principal marco de referencia que prudentemente conceptualizado deberá ilustrar en primer término al le-

---

Jurídicos. n. 6. Montevideo: Facultad de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, jun. 2009.

24. SEVERIN, Louis W. *Recent developments in relation to economic crimes*. Austin: Ladelt Editors, 1991. p. 42 ss. En el mismo sentido se pronuncia el autor en su artículo: The economic crime and it profits. *Law and Criminology Review*. vol. 12. n. 3. Austin: School of Law, University of Texas at Austin, 1993. p. 63 ss.

gislador y luego al intérprete, llegado el momento de deslindar definitivamente en ese campo los límites del *jus puniendi*, la conducta ilícita de aquella lícita o meramente elusiva. En otras palabras, distinguir claramente el recurso típico, atípico o eventualmente abusivo de los citados mecanismos económicos.

Se ha señalado que un conocimiento profundo de esos mecanismos superiores de la economía puede alcanzarse –tomando prestados términos de la ciencia médica– a través del análisis clínico-sintomatológico de aquellas aristas que definen a las desviaciones macroeconómicas, reflexionando en el sentido que "por sus frutos lo conocerás". Evidentemente, una descripción acabada de las notas que singularizan a las desviaciones de un mecanismo pueden ayudar a comprenderlo, principalmente si se procede con espíritu crítico.

Desde el ámbito de la teoría económica se sugiere una metodología diferente. Se dice que será más complejo pero indudablemente más provechoso revertir el enfoque y profundizar en el conocimiento de los propios mecanismos económicos. Este enfoque metodológico opera como un análisis tomográfico de dichos mecanismos para detectar, a partir de ellos los niveles técnicos y prácticos de vulnerabilidad de todo el sistema.

Hemos sostenido en trabajos anteriores que la criminalidad en su conjunto (convencional o no convencional) es simplemente un sub-producto estructural. Por ello pensamos que estas notas características de la macro delincuencia se vinculan, tanto a las estructuras del quehacer económico como a las del control social formal. La realidad las exhibe íntimamente compenetradas, al punto que los grados de desviación abusiva de los mecanismos económicos están, en mayor o menor medida, asociados a los niveles de eficacia del control, consecuentemente no pueden comprenderse acabadamente las disfunciones de este último sin conocer de modo íntimo la mecánica de los primeros.[25]

6.3 Análisis clínico-sintomatológico de la macro delincuencia económica

(Planteo). Hecha esta salvedad, pasamos a referirnos en primer término a las características de la macro delincuencia económica desde el punto de vista

25. Sobre aspectos metodológicos ver: CERVINI, Raúl. Macrocriminalidad económica. Apuntes para una aproximación metodológica analítica. Anales del Seminario Internacional de Derecho Penal Económico. *Revista Brasileña de Ciencias Criminales*. año 3. vol. 11. San Pablo: Ed. RT, jul.-set. 1995; y _____. Nuevas formas de macrodelincuencia económica. Abordaje metodológico. En: Nery Fayet Júnio (org.). *Ensayos penais en homenagem ao profesor Alberto Rufino Rodríguez de Souza*. Porto Alegre: Ricardo Lenz Ed., jun. 2003.

de *sus síntomas exteriores*, pero nuestro interés no estará acotado a una visión meramente descriptiva y periférica del fenómeno. Ya desde este primer nivel de acercamiento se impone la referida necesidad de análisis de un global y estructural de estos procesos. En caso contrario, el esfuerzo será siempre estéril.

Esas notas exteriores son: la transacionalización de las actividades;[26] el abuso de la posición dominante;[27] la apariencia de legalidad fruto de la actuación de los llamados Networks Ilícitos,[28] la sobredimensión del daño,[29] la mutabilidad, el carácter difuso de la víctima y la alta impunidad[30] de estas actividades.

---

26. RESTA, Elgio. Relato sobre aspectos sociales. Ponencia al congreso de la Asociación Internacional de Seguridad Social realizado en Argentina. *Doc. V. Mim.* p. 7. Buenos Aires, 1986. Cf. RISSI, Eduardo Mario. La transnacionalización en la sociedad contemporánea. México: Jasil, 1991.

27. Sobre el tema ver: CERVINI, Raúl. Análisis criminológico del fenómeno del delito organizado. *Revista Doctrina Penal.* n. 40. Buenos Aires: Editorial Depalma, oct.-dic. 1987, p. 698 y ss. Específicamente en portugués: _____. Análise Criminológica do Fenômeno do Delito Organizado", En: João Marcelo de Araujo J. (org.). *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso.* Río de Janeiro: Forense. p. 488. VERSELE, Servin Carlos. Las cifras doradas de la delincuencia. *Revista Ilanud al Dia.* año 1. n. 1. San José: Ilanud, 1978. p. 21. DAHL, Robert A. Who Governs? Democracy and power in american city. *Yale University Press.* New Haven/London: Yale University,1961. MARTINS CATHARINO, José. Compendio universitario de direito do trabalho. San Pablo: Juídica e Universitária, 1972. vol. I. p. 245. KELLERS. *Bankruptcy.* Bruselas: [s.n.], 1974. CLINARD, Marshall; QUINNEY, Richard. Criminal behavior systems. A typology. 2. ed. New York: Holt, Rinehart y Winston Ed., 1973. p. 56 y ss. THORWARD, Jürgen. *Crime and science.* New York: [s.n.], 1966. p. 77. SIBARIN, Frank. *Mecanismos macro-económicos y delincuencia financiera. Ponencia al 2do. Encuentro de Consejos Consultivo y de Dirección del Iceps.* New York, dic. 1994. HELM ROGERS, Bernard. Inquietud y reflexión-Tormentas especulativas. *East American Review.* vol. VI. n. 12. Washington: [s.n.], jul. 2002. TIRENNO, Duilio. La lotta alla criminalitá economica. *Rivista Trimestrale Lucerne.* vol VI. n. 5. Milano: [s.n.], 2008. FLECK MOYANO, Patricia Luján. Op. cit., p. 16. VOLZ FARIAS, Emilio Enrique. *Matemática financiera aplicada as operações do mercado financeiro.* Santa María: Edic. FEEV, 2002. p. 203. Sobre el tema: BALDWIN JR., Fletcher N; BRILL, Alan E; MUNRO, Robert J. Op. cit.

28. INTERNATIONAL CENTER OF ECONOMIC PENAL STUDIES. Anales de la 3er. Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo. Sección de Trabajo n. III. Macrodelincuencia económica y riesgos corporativos, V. M. *Doc. AC67//94.* p. 61. Nueva York, 1994. BACRIE, Stehane; CERVINI, Raúl. Repport: Convention contre la criminalité trasnationale organisée, realizado a pedido del Relator de la Comission del Affaires Etrangeres del Senado de Francia –Senador Dr. André Rouviere. *Repport n. 200 Sénat– Sessiom Ordinaire 2001-2002.* Paris, 31 de enero 2001. p. 46. Sobe el tema: CERVINI, Raúl. Los procesos de lavado de dinero y el funcionamiento de los networks ilícitos. *Revista de Ciencias Penales.* n 5. año 2000. Fundación Cuadernos de la Cátedra. Corrientes:

6.4 *Análisis tomográfico de los mecanismos económicos*

6.4.1 *Concepto*

Hemos señalado que la otra metodología posible para el análisis de la macro delincuencia económica, a nuestro juicio complementario, se proyecta desde la intimidad funcional de los mecanismos económicos hacia los niveles abusivos del poder. Agudamente se ha preguntado Tiedemann ¿cuándo puede considerarse que el alza de los precios excede los límites de lo éticamente lícito?[31] Nosotros agregaríamos ¿cuándo puede decirse que excede los límites de lo éticamente lícito y económicamente abusivo? La interrogante central está en ¿cuándo se está ante una conducta objetivamente abusiva? ¿Cuándo ese abuso adquiere relevancia penal? Para responder a estas preguntas se requiere una postura metodológica diferente.

Este segundo método procura responder esos cuestionamientos básicos desde las entrañas de los mecanismos involucrados. Presupone una penetración gradual en el fenómeno económico, desde sus instancias macro a manifestaciones micro, a través del análisis científico de sus mecanismos. El método concreto de análisis de los mecanismos puede variar sustancialmente de acuerdo a la particular dinámica y características del sector de actividad estudiado, pero no así el esquema básico de trabajo. Éste se basa, en todos los casos, en un análisis comparativo de la trama de relaciones de los mecanismos económicos involucrados. Funciona como un tomógrafo médico que por medio de sucesivas fotos va siguiendo el proceso hasta detectar el modelo de desviación por comparación. Esta metodología tiene raíz empírica y su clave radica en

---

Editorial Mave, mayo 2000. _____. I Processi di riciclaggio di denaro e network illeciti. Approssimazione metodologica e sue conseguenze. *Prospettive di diritto penale*. vol II. n. 3. Milan: Editorial Ufficio, jun. 2001. VIGNA, Piero L. Nuevos institutos procesales contra el crimen organizado. En: Guillermo J. Yacobucci (coord.). *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en nel marco de la globalización*. Buenos Auires: Universidad Austral, Biblioteca de Estudios Penales/Abaco, 2005. p. 183.

29. Osservatorio giurídico sulla criminalitá economica organizzata de Roma. Proyecto Cerardi: (Centro di Ricerca per il Diritto d'impresa), implementado académicamente por la Universita degli Studi di Salerno y la Universita Luiss Guido Carli di Roma. *Informe M/ 27/ 2009*. Roma, 2009. p. 39.

30. BALLESTEROS JARAMILLO, Américo. La delincuencia de los negocios. *Revista Bancaria Internacional*. vol. I. n. 3. Lima: [s.n.], 1991. p. 32.

31. TIEDEMANN, Klaus: Poder económico y delito (Introducción al derecho penal económico y de la empresa). Barcelona: Ariel, 1985. p. 58.

la naturaleza de los supuestos y en el vínculo entre los términos teóricos y la observación. Los datos de la observación de cada segmento o sector involucrado y la cuidadora comparación entre ellos, se canalizan a través de un "lenguaje de vinculación" que otorga un justificado nivel de comprensión de los mecanismos. No estamos sosteniendo que todos los fenómenos de macro delincuencia económica sean aprehensibles por este procedimiento pero sin duda lo son su mayoría.

6.4.2 Procedimiento esquemático

Con esta salvedad podemos decir que, en términos generales y esquemáticos, podría sintetizarse el método de trabajo básico que permite conformar el módulo de análisis de la siguiente manera:

– El primer paso: sería visualizar el conjunto de variables macroeconómicas que componen los diferentes nichos o sectores de la actividad económica del país analizado.

– El segundo paso: definir con mucha precisión, el nicho, cancha o "layer" a analizar (por ejemplo: sector especifico de la actividad de intermediación financiera, industria de la vestimenta, mercado de cambios, etc.).

– El tercer paso: definir a modo general, cada "jugador" (empresa) que integra la rama o nicho de la economía. Sus objetivos directos e indirectos, la racionalidad de los mismos, etc.

– El cuarto paso: analizar las relaciones de esos mismos "jugadores", tomando en cuenta sus variables *standard* y la racionalidad de comportamiento, por ejemplo: las relaciones entre insumos y productos, es decir, de dónde vienen los insumos y a dónde van los productos.

– Quinto paso: analizar los recursos materiales y humanos, objetivos planteados, modalidad operativa, perfil de la potencial demanda, etc., de la empresa concreta analizada como potencial cliente.

– Sexto paso: analizar la trama de relaciones en lo interno de la empresa concreta analizada, entre otras variables: pirámide de jerarquías, roles operativos asignados, grados de subordinación técnicamente controlada, modalidades de dependencia técnica invertida, niveles de supervisión, auditoría interna y externa, etc. Ello permitirá un adecuado diseño de las matrices de riesgo, con alertas apropiadas a la actividad de cada cliente en concreto. Además permitirá una indicación preliminar de responsabilidad en el hacer operativo, focos de riesgo y posible desviación vinculada a los mismos, vacíos normativos, insuficiencia o defecto en la legislación, políticas preventivas instauradas e a instaurarse, etc.

En términos más técnicos hemos sostenido en aporte anterior que la formulación de estos modelos permite buscar la racionalidad económica interna dentro del modelo central, intentando al mismo tiempo reformularlo según el conjunto mínimo de supuestos requeridos para producir la misma cantidad de implicaciones, permite comprobar las implicaciones primarias del modelo y el alcance de las divergencias, permite formalizar relaciones entre observaciones y supuestos para generar áreas indirectas de implicación, permite la creación de módulos de análisis y vínculos significativos. Permitirá finalmente desarrollar nuevos modelos que amplíen el ámbito del dominio empírico original dotados de mayor poder de explicación y predicción, pero a riesgo de disminuir su nivel de certeza.[32]

6.4.3 Otros supuestos teóricos del modelo

– En el marco del modelo denominado como tomográfico debe ser posible generar implicaciones teóricas de las que se puedan extraer predicciones de observación.

– Los supuestos dentro del modelo deben ser internamente consistentes en sentido lógico y tan sencillos como la integridad lógica del modelo permita.

– El modelo debe estar teóricamente proporcionado con los hechos empíricos conocidos dentro de su dominio.

– El alcance teórico del modelo queda definido por el ámbito de observación (nicho económico analizado) y el conjunto acompañante de implicaciones explicativas y de predicción, consecuente con los vectores del nicho de actividad analizado.[33]

6.4.4 Aplicación

Esta metodología puede ser empleada con muy buenos resultados –dentro de las limitaciones naturales que impone la particular estructura de cada mecanismo investigado– en variado tipo de delitos complejos, pero, indiscutiblemente se ha mostrado como el sistema de trabajo más idóneo para encausar las Matrices de riesgo en caso de lavado de activos.

---

32. CERVINI, Raúl. Macrocriminalidad económica... cit.

33. BALL, R.; BROWN, P. An empirical evaluation of accounting income numbers. *Journal of Accounting Research*. vol. 6. London, 1968. Cf. DEMSKI, J. S. Methodology in finance. A selective determination. *Iowa State University Press*. Iowa: Iowa State University, 1986.

6.4.5 Análisis de algunos ejemplos concretos

– *Industrias controladas por un sólo jugador*. Por ejemplo, si se constata que toda –o la mayor parte– de una industria contrata los insumos a un solo proveedor, se puede científicamente asegurar que toda la industria está controlada por un solo "jugador". Este procedimiento de análisis permitirá definir el nivel de uso normal, atípico o abusivo del poder e implementar los correctivos técnicos y legales del caso.

– *Manejo abusivo de los commodities*. Otro caso, si se analiza con el mismo procedimiento el manejo de los *commodities* de frutas y verduras, sector de actividad de impresionantes dimensiones, los resultados podrán resultar igualmente clarificadores. En este nicho del mercado, la producción se encuentra normalmente atomizada y se suele abonar en efectivo. Si se constata que esa producción es comprada por un solo intermediario o acopiador, habrá que analizar pormenorizadamente las causas y connotaciones de esta operación. Por ejemplo, ¿qué hace ese acopiador con la producción? Si nos encontramos con que la exporta a una empresa controlada por el mismo grupo, este nuevo dato constituye otro llamador o indicio de la existencia de un abuso de los mecanismos económicos que debe reglarse. Pero también debe observarse que en el otro conjunto económico-país (importador), el mismo método desnuda que los insumos son de un mismo proveedor, por lo que esa situación será de por sí extraordinaria y digna de cuidado en esta otra economía y ello no sólo por sus connotaciones fiscales, sino incluso como indicativos de otras situaciones más graves (por ejemplo: lavado de dinero). Esto se complica mucho más cuando se opera a través de sociedades puente fincadas en terceros países. La utilización de las mencionadas sociedades dificulta el seguimiento de las relaciones entre insumos y productos pero no la imposibilita totalmente. En este caso, deberemos pasar al estudio de dicho entramado societario a efectos de desterrar su posible uso desviado. El procedimiento incluirá sucesivos análisis, de tipo legal-estatutario, del paquete accionario, de las personas que la manejan, procedencia de los insumos y destinos del producto de las referidas sociedades puente, etc. Este esquema de trabajo puede incluir similares chequeos de otras terceras sociedades sediadas en otros tantos países. Todo muy complejo pero decididamente no imposible.[34]

34. En torno al publicitado "caso Collor", hemos tenido oportunidad de aplicar una metodología similar en el estudio de la regularidad jurídica de la mal llamada "Operación Uruguay" en opinión legal realizada a pedido del Ministro Evandro Lins e Silva. Dicha consulta apareció publicada bajo el nombre: Operación Uruguay – Análisis de

– *Control de la industria de la construcción en el Estado de Nueva York.* En mayo de 1990 se publicó en EEUU un informe sobre las conexiones entre los sindicatos criminales y la industria de la construcción en el Estado de Nueva York. Las implicaciones de grandes sectores de esa industria con la criminalidad organizada surgieron, en lo medular, de testimonios ante la Comisión Investigadora y las Cortes. Se puede decir que a través de un análisis minucioso de los mecanismos económicos involucrados en la industria de la construcción (relaciones entre insumos y productos) se podría haber llegado, incluso con mayor certeza y rigor, a las mismas conclusiones. Este nicho de actividad se caracteriza por la necesaria confluencia de diversas actividades industriales colaterales (fabricantes de hormigón, acero, mamposterías, etc.) y laborales (operarios de estructuras, albañiles, finalistas, sanitarios, etc.) que deben coordinarse en un rígido calendario de obras. Cada fase de la construcción depende del resultado de la anterior y una alteración en el calendario de esas grandes obras puede anular la rentabilidad del proyecto. El delito organizado controla muchas industrias colaterales de la construcción (suministro de acero) y los propios sindicatos laborales. Esto hace que la industria de la construcción en el Estado de Nueva York sea particularmente susceptible a la extorsión o, simplemente, se encuentre mayoritariamente controlada por el delito organizado que tiene con su "influencia" la posibilidad de evitar atrasos en el calendario de obras.

– *Desnaturalización del contrato de comisiones.* Si conocemos adecuadamente las características y función de un contrato de comisiones bancarias podremos distinguir con certeza un contrato de comisiones real de un simple "frontig" bancario. Si el banco no exige intereses a la parte deudora y el pretendido acreedor tampoco lo hace, se pone en evidencia que estamos ante un "auto préstamo", indicativo de una evasión tributaria o aún más grave, de una operación de lavado.

– *Lavado de activos originados en el terrorismo internacional.* El mismo recurso metodológico puede resultar igualmente pertinente al momento de analizar la "trazabilidad", o sea el seguimiento financiero de los fondos vinculados al terrorismo internacional. Al respecto corresponde precisar que se alude a "trazabilidad de fondos" en un doble sentido, tanto a la posibilidad técnica de delinear el origen como el destino o aplicación final de fondos considerados críticos.[35]

---

la regularidad jurídica y eficacia de su soporte documental. *A OAB e o impeachment.* Brasilia: Conselho Federal da OAB, abr. 1993.

35. BLOVICH, Saul; CERVINI, Raúl. Trazabilidad financiera del terrorismo internacional. Ponencia conjunta ante la XXXI Junta Interamericana de Calificación Bancaria. *Doc. Iceps/ JICAB- C 76/03.* Nueva York, dic. 2003.

Precisamente, el procedimiento propuesto es totalmente aplicable en instancias de individualización técnica y aprehensión jurídica de estos activos.

En el caso del terrorismo, las variables de trabajo derivadas del análisis clínico, a saber: abuso de la posición dominante, funcionamiento de *networks* ilícitos, mutabilidad, transnacionalidad, etc., necesitan ser complementadas por un análisis confluyente realizado desde los propios mecanismos financieros utilizados.

Pensemos por ejemplo en el caso de la Triple Frontera (Argentina, Brasil, Paraguay) donde probadamente conviven y mezclan activos originados en el contrabando, narcotráfico, tráfico de armas y terrorismo internacional. Más claro aún resulta el ejemplo de la llamada "frontera del narco-terrorismo" donde se confunden las ciudades de Tabatinga (Amazonia de Brasil) y Leticia (capital del Departamento de Amazonas Colombiana). Dentro de esa zona los activos y prestaciones (apoyos) de las Farc (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) se mezclan e intercambian recíprocamente con los activos e insumos del narcotráfico colombiano y brasileño. Los Servicios de Inteligencia del Sivan (Sistema de Vigilancia de Amazonia) han denunciado que sobre la "Avenida de la Amistad" que separa ambas ciudades gemelas, se encuentran instalados Escritorios de Servicios Profesionales a los cuales concurren tanto representantes de grupos traficantes como apoderados de las Farc.

En principio se tiene la sensación de que grupos traficantes y terroristas persiguen fines muy diferentes, no obstante –al menos a corto/mediano plazo y con independencia del uso de la violencia e intimidación– ambos grupos delictivos tienen muchas necesidades comunes. Entre ellas: esconder y mezclar sus ingresos ilegítimos con activos de origen legítimo, cobertura profesional y operativa internacional, proveerse de insumos críticos (lícitos e ilícitos) en las mejores condiciones del mercado y también compartir –a diverso nivel– estructuras de connivencia y corrupción pública.

Estos insumos y otros más son cubiertos por redes profesionales de intercambio y servicios. Esos mismos Networks Ilícitos trasladan y/o compensan armas y drogas a nivel nacional e internacional. A nivel de cobertura financiera formal esos cuerpos profesionales planifican estrategias comunes de lavado, cruzan sus ejércitos de testaferros confiables disponibles en determinados paraísos fiscales e incluso ofrecen a sus clientes opciones de coparticipación en inversiones de corto plazo (por ejemplo: financiar una operación de tráfico de diversos insumos, mano de obra esclava u órganos humanos) o inversiones llamadas "planas" de bajo perfil y largo plazo (inyecciones de capital en industrias tradicionales alicaídas), con posibilidades de rescate diferencial de conformidad a la naturaleza de sus fines específicos.

Frente a la evidencia de estas complejas coberturas formales se impone la necesidad de recurrir a un análisis de tipo tomográfico para desentrañar tal maraña financiera.

En términos generales los mecanismos económico-financieros responden a expectativas y motivaciones estandarizadas de los actores del mercado.

Las motivaciones de un inversor común pueden ser muy diversas, estarán en el lucro, el deseo de diversificar opciones, la idea de protegerse de la inestabilidad general de los mercados, etc. Las motivaciones prevalentes de los grupos terroristas sin duda alguna son otras.

Por ello, cuando estos grupos incursionan en el mundo financiero, sus acciones se muestran con apartamientos significativos y singularidades técnicamente incompatibles con el uso normal de los mismos mecanismos. La ingeniería financiera puede adoptar variadas formas, pero, en todos los casos, procurará combinar racionalmente instrumentos de inversión y financiación respetando ciertas reglas operativas básicas de los instrumentos involucrados. Pues bien, cuando se trata de inversiones ligadas al terrorismo, los nuevos instrumentos financieros, como son los contratos a plazo (*forward contract*), contratos financieros de futuros (*futures*), permutas financieras (*swaps*) y opciones (*options*), se resolverán soslayando o desvirtuando las expectativas de resultados que brindan operaciones corrientes realizadas a través de esos mismos instrumentos. En tales casos, los programas de retorno, la exposición económica y los niveles de tolerancia al riesgo, etc., que esos actores se muestren dispuestos a soportar se caracterizarán por una aparente irracionalidad e incoherencia de comportamiento, denotativas de que las operaciones analizadas involucran dineros de origen crítico.[36]

7. CONCLUSIONES INHERENTES A LA PONENCIA Y CONSECUENCIAS GENERALES, DOGMÁTICAS Y DE POLÍTICA CRIMINAL

7.1 Surge con plena evidencia que las Agencias Públicas de Control han desplazado hacia los sectores privados tareas de vigilancia que por naturaleza les son inherentes.

7.2 En ese panorama de desplazamiento de las cargas de vigilancia, la figura del Oficial de Cumplimiento se ha visto crecientemente recargada de funciones para enfrentar riesgos cada día más complejos.

36. Idem, p. 23 y ss.

7.3 Si bien como hemos adelantado las obligaciones del Oficial de Cumplimiento son de medios y no de resultados, es obvio que existe sobre dicho funcionario una enorme carga de responsabilidad que va desde los controles externos del sistema a las demandas de eficacia que se dan en lo interno de su propia corporación.

7.4 Partimos de una cultura de la legalidad, es decir, podrá discutirse en el plano teórico la pertinencia del exacerbado desplazamiento de las cargas de vigilancia, el carácter y utilidad práctica de dichas exigencias, e incluso, la necesidad de una redefinición jurídica y técnica de esos extremos. Pero las normas y regulaciones están para cumplirse.

7.5 En consecuencia, nuestro aporte más realista para el más eficaz cumplimiento de Compliance, está en incentivar el desarrollo e implementación de una metodología de raíz tomográfica que otorgue a las Matrices de Riesgo un contenido tangible, que permita señales de alerta ajustadas a la verdadera estructura funcional operativa de cada negocio, al funcionamiento real de sus mecanismos, permitiendo distinguir su actuar lícito, elusivo y eventualmente irregular. En suma, redefinir metodológicamente un instrumento útil para el día a día del Oficial de Cumplimiento.

7.6 Justo es decir para terminar que la alternativa metodológica propuesta, trasciende la expectativa de ser un mero instrumento útil para el Oficial de Cumplimiento. Además y principalmente la aproximación a extradelincuencia económica a través del análisis dinámico de sus mecanismos superiores, permite extraer *otras valiosas conclusiones* referidas, a la técnica de tipificación de estos fenómenos. Si éstos se conocen en su detalle, se pueden aprehender normativamente, de modo que la estructura típica siga estrictamente la estructura funcional que se pretende reprimir. También trasciende a otros muchos temas actuales dogmáticos y de Política Criminal.

Ya no se verá como un imperativo insoslayable la necesidad de un "derecho sustantivo diferenciado", de "doble velocidad", o incluso de una "tercera velocidad", para lograr la criminalización eficaz de las conductas de extracriminalidad en las sociedades post industriales. También se podrá argumentar en contra de la tesis de que los tipos penales socio-económicos, entre ellos los atribuidos al crimen organizado, se deben estructurar sorteando el principio de legalidad mediante mecanismos de tipo abiertos que deben ser cerrados por los jueces, creando tipos de peligro abstracto (con los que se entroniza la mera desobediencia como ilícita), mediante fórmulas omisivas, con similares inconvenientes o, lo que es peor, mediante las fórmulas legales de tendencia, como el inabarcable tipo de la "Conspiración" que ostenta la actual legislación norteamericana.

Se podrá rebatir la afirmación de que el combate a este tipo de delitos conlleva necesariamente una progresiva aminoración del principio de culpabilidad, debiéndose punir por la mera realización del acto, en base a una presunción o simplemente por hecho ajeno, sosteniendo la existencia de formas de analogía intratípica. Rechazar como petición de principio que la observación del mismo fenómeno justifica reabrir la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como se ve actualmente en diversos países europeos y en el propio Brasil.

Nosotros descartamos por principio asertos tan categóricos. No es admisible que para contemplar lo adjetivo (dificultades probatorias) se termine por trastocar lo sustantivo (principios del dogma). Entendemos en fin, que el Derecho Penal no debe ni puede hacerse cargo de esas dificultades probatorias, principalmente teniendo en cuenta que éstas pueden ser normalmente superadas mediante una tipificación adecuada a un conocimiento también adecuado de los mecanismos económicos involucrados. En caso de optarse finalmente por el criterio de criminalizar manifestaciones de macrodelincuencia económica organizada, *esta tarea deberá y podrá intentarse –en la mayor parte de los casos– sin violar esos principios básicos del Derecho Penal.* Para ello, es imprescindible que el trabajo se emprenda con suma prudencia y fina técnica legislativa, ya que en un sistema democrático y liberal deben existir férreos límites al *jus puniendi* del Estado a la luz de los principios de legalidad y culpabilidad. Estos principios, nos recuerda Sergio Moccia, aparecen como irrenunciables cualquiera sea la forma de delincuencia que se pretenda combatir. Ninguna estrategia legal contra la macrodelincuencia será justificada si es una salida de corte meramente emergencial que pone en entredicho la seguridad jurídica.[37]

La tarea de elaborar leyes realmente útiles en materia de delincuencia organizada, particularmente en el campo de la macrodelincuencia económico-financiera, puede compararse a una operación de microcirugía donde se impone un mínimo de actividad con el instrumento más preciso. Ocurre que lamentablemente la misión de legislar en estas ramas tan delicadas se emprende siempre en forma apresurada, respondiendo a reclamos populares frente a hechos puntuales o presiones internacionales. Asimismo, ese cometido se suele dejar en manos de personas sin la suficiente especialización que se atienen exclu-

37. MOCCIA, Sergio. La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995. p. 9 y ss. _____. Prospettive non emergenziali di controlo dei fatti di criminalità organizzata. In: _____ (org.). *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999. p. 133 y ss.

sivamente a los síntomas del fenómeno sin comprender el funcionamiento de los mecanismos involucrados.

Los elementos constitutivos de los tipos penales se deben delinear cuidadosamente con "criterio jurídico trascendente",[38] o sea tomando en cuenta todas las posibles consecuencias intradogmáticas de las nuevas creaciones penales, en especial procurando evitar los verbos nucleares amplios o vagos a fin de no correr el riesgo de caer en tipos abiertos que representan la más hipócrita negación al principio de legalidad, una de cuyas expresiones es: *Nullum Crimen, nulla poena sine lege certa.*

Bien resalta Tiedemann[39] que la utilización de fórmulas amplias, incluido el uso de fórmulas generales dentro del tipo objetivo es, al contrario de lo que representan sus aparentes ventajas, altamente problemática. El Derecho Penal liberal exige que los tipos sean cerrados, es decir, tipos específicos de una acción que se traduce en la manifestación de un acto externo del hombre y sólo eso podrá ser castigado. Nos hacemos cargo de las múltiples dificultades técnicas y prácticas implícitas en el hecho de criminalizar este tipo de conductas vinculadas a la criminalidad económica organizada con tipos perfectamente herméticos, sin recurrir a normas de segundo grado, de reenvío o en blanco que otorgan desmesurado poder a los órganos en ejercicio de la función administrativa.

Conocemos el costo de mantener un sistema mínimamente liberal, sintiendo a la legalidad y a la culpabilidad como el límite natural de la pretensión punitiva del Estado. Se trata de una tarea muy ardua pero no imposible. Lo más grave es que la renuncia a ella significaría necesariamente la renuncia a los propios principios que deben motivar esa misma tarea. Se estaría sustituyendo automática y concomitantemente un Derecho Penal de legalidad por un Derecho Penal de conveniencia: la Razón de Estado por sobre la Razón Jurídica.

Lamentablemente, en este campo se encuentra arraigada la injustificada tendencia a confundir las dificultades técnicas con imposibilidad. Pero, insistimos, si se opta finalmente por penalizar, habrá que franquear todos estos obstáculos para legislar bien, ya que las referencias más o menos genéricas son sinónimo de tipos abiertos que engendran el riesgo de la analogía y, entre

38. FORTUNA, Ennio. Aspetti particolari del pentitismo mafioso. Repressione della mafia e nuovo processo penale. En: Giovanni Tinebra (org.). *La mafia oggi – Individuazione del fenómeno y sistemi di lot*. Pádova: Cedam, sin fecha. p. 271 y ss.

39. TIEDEMANN, Klaus. Apresentação critica. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello. *Crimes contra a ordem econômica*. San Pablo: Ed. RT, 1995. p. 21.

otras cosas, tampoco es admisible penar por analogía. A nuestro modo de ver –salvo en un número menor de casos– debe y puede operarse concretizando exclusivamente las figuras en tipos muy específicos técnicamente cerrados que impidan la pura discrecionalidad de la administración y de los magistrados. La regla de oro es la punibilidad, incluida en ella la tipicidad, esté determinada antes de la comisión del hecho con total precisión y no recién a posteriori por el aplicador.

En ese contexto no nos parece ni conveniente ni imprescindible que los nuevos tipos penales se plasmen en figuras formales de mera actividad castigando la puesta en peligro, a través de tipos meramente omisivos de obligaciones puramente reglamentarias o administrativas. De este modo se hace de la norma penal –como ha expresado Juarez Tavares– un exclusivo refuerzo a la obediencia, sin ninguna referencia directa a la noción de bien jurídico, ni pretensión de impedir una lesión concreta del mismo.[40]

El criterio metodológico también incide respecto a la pretensión de punir a la persona jurídica, a la cual nos hemos referido en aportes anteriores. La propuesta "topográfica" permite finalmente conocer lo que se quiere proteger y cómo puede llevarse efectivamente a cabo dicha protección, con el consiguiente esclarecimiento y visibilidad de las conductas que pueden lesionar el bien así precisado. Cuando el objeto no está suficientemente definido, los medios serán necesariamente ambiguos. Por el contrario, la nitidez del objeto lleva a la nitidez de los medios y con ello por lo general a la eficiencia normativa y a la seguridad jurídica. La ventaja que acarrea esta concepción metodológica no es menor: mantener al Derecho Penal dentro de los principios rectores de lesividad y legalidad, los que resultarían ineludiblemente comprometidos si los contornos del bien jurídico aparecieran lo suficientemente confusos y ambiguos (sistema de funciones) como para concluir que una determinada acción es peligrosa para el mismo y para precisar con el rigor deseado cuáles acciones lo son.

Cuanto más abstracto, ambiguo o nebuloso se conciba el bien jurídico, tanto más será posible que cualquier acción que se involucre con él, por más remota que sea, pueda ser considerada como en sí misma generadora de peligro. Últimamente existe la tendencia, no ya de anticipar la tipificación de una

40. TAVARES, Juarez. Los límites dogmáticos de la cooperación penal internacional. In: CERVINI, Raúl (org.). *Curso de cooperación penal internacional*. Ucudal. Fundación Educacional Dom Andre Arcoverde de Valenca. Iceps. Montevideo: Carlos Alvarez Ed., 1984. p. 123 y ss.

acción relativamente remota al bien jurídico, sino de aproximar éste, mediante una óptica de amplificación conceptual que, al mismo tiempo que lo atrae hacia la acción, le hace perder la necesaria nitidez hasta bordear la delicuescencia. En otras palabras, existen dos formas de ampliar el marco de protección de los bienes jurídicos afectados por las formas más gravosas de criminalidad socio-económica: uno consiste en anticipar la tipificación de acciones que en sí mismas no son dañosas para el bien jurídico (vía tradicional), otra de más reciente aparición usa el recurso de desplazar el bien jurídico hacia la acción. Esto se consigue, a nuestro modo de ver, al costo de evaporar el bien jurídico, en otras palabras, al costo de borrar la nitidez de sus contornos y de poner por vía indirecta en tela de juicio los principios de lesividad y legalidad que deben presidir un Derecho Penal garantizador. Sin duda se lesionan estos principios cuando no hay forma de saber si la conducta ataca a un bien jurídico que se ha desdibujado a través de la amplificación antes mencionada (elefantitis del bien jurídico), al punto de que ha perdido la necesaria definición. En tal circunstancia, no se sabría si la conducta ataca una realidad o una fantasía. De más está decir que esta simple duda debería absolver la conducta.

Hay, a nuestro modo de ver, una única vía de tipificar los delitos de peligro y ésta supone la debida comprensión y concreción del objeto de tutela. Es precisamente a raíz de esta comprensión y concreción y solamente por ésta que el bien jurídico puede y debe protegerse. El otro método equivale a la lucha de Don Quijote contra los molinos, pues no se conoce exactamente contra quién se combate, si contra los molinos o contra gigantes y precisamente el disvalor de la acción depende de ese exacto conocimiento. Una ampliación del bien jurídico puede hacerse siempre y cuando se mantenga su reconocibilidad. Este es, o debe ser, el límite y este camino requiere imprescindiblemente una metodología idónea para comprender el fenómeno que se quiere reprimir en su específico funcionamiento y proyección.

Muchas gracias.

8. BIBLIOGRAFIA

ALESSI MANZI, Vanessa. *Compliance no Brasil – Consolidaçao e perspectivas*. San Pablo: Saint Paul Institute of Finance, 2008.

BACRIE, Stephane. Drugs and financial system, european report, 1998. *Informe Iceps (VM) a la Reunión de Nueva York de diciembre 1998.*

_____; CERVINI, Raúl. Repport: Convention contre la criminalité trasnationale organisée, realizado a pedido del Relator de la Comission del Affaires Etrangeres del Senado de Francia – Senador Dr. André Rouviere. *Repport n. 200 Sénat – Sessiom Ordinaire 2001-2002*. Paris, 31 de enero de 2001.

BALL, R.; BROWN, P. An empirical evaluation of accounting income numbers. *Journal of Accounting Research*. vol. 6. London,1968.

BALDWIN JR, Fletcher N.; BRILL, Alan E.; MUNRO, Robert J. *Cybercrime & Security*. [S.L.]: Pauline C. Reich Ed., 2008. t. 1.

BALLESTEROS JARAMILLO, Américo. La delincuencia de los negocios. *Revista Bancaria Internacional*. vol. I. n. 3. Lima: [s.n.], 1991.

BLOVICH, Saúl; CERVINI, Raúl. Trazabilidad financiera del terrorismo internacional. Ponencia conjunta ante la XXXI Junta Interamericana de Calificación Bancaria. *Doc. Iceps/JICAB-C 76/03*. Nueva York, dic. 2003.

CALDERON, Edwin. *Métodos de control del delito en el sistema financiero. Comisión Andina de Juristas, lavado de dinero: El sistema legal y su impacto socio económico*. Lima: Caj, 2000.

CASTALDO, Andrea. L'economia malata: la ricchezza di origine illecita. La lotta al reciclaggio nell' ottica del diritto penale italiano. *Doc. Iceps: SGE/tb/261/2002*. Ponencia a coloquio del Morton Banking Center de New York, dic. 2002.

CERVINI, Raúl. Análisis criminológica do fenômeno do delito organizado. En: João Marcello de Araujo J. (org). *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*. Río de Janeiro: Forense, 1992.

_____. _____. *Revista Doctrina Penal*. n. 40. Buenos Aires: Editorial Depalma, oct.-dic. 1987.

_____. Concerning articles 305 bis and 305 ter of the Swiss Criminal Code (CPS) relating to money laundering and lack of vigilance in the field of financial transactions. *Law and Criminology Review*. vol. 10. n. 2. Austin: School of Law, University of Texas at Austin, abr.-jun. 1992.

_____. Evolución de la legislación antilavado en el Uruguay. *Cuadernillo FD. Curso de Posgrado: Administración del riesgo de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, agosto, 2011*. Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad Austral, 2011.

_____. I processi di riciclaggio di denaro e network illeciti. Approssimazione metodologica e sue conseguenze. *Prospettive di Diritto Penale*. vol. II. n. 3. Milan: Editorial Uffício, jun. 2001.

_____. Los procesos de lavado de dinero y el funcionamiento de los networks ilícitos. *Revista de Ciencias Penales*. n. 5. Fundación Cuadernos de la Cátedra. Corrientes: Editorial Mave, mayo 2000.

_____. Macrocriminalidad económica. Apuntes para una aproximación metodológica analítica. Anales del Seminario Internacional de Derecho Penal Económico. *Revista Brasileña de Ciencias Criminales*. vol. 11. año 3. San Pablo: Ed. RT, jul.-set. 1995.

_____. Metodología para una adecuada comprensión, tipificación y aprehensión de la criminalidad económica (convencional y compleja). *Revista Estudios*

Jurídicos. n. 6. Montevideo: Facultad de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, jun. 2009.

_____. Nuevas formas de macrodelincuencia económica. Abordaje metodológico. En: Ney Fayet Júnio (org.). *Ensayos penais en homenagem ao profesor Alberto Rufino Rodríguez de Souza*. Porto Alegre: Ricardo Lenz Ed., jun. 2003.

_____. Act. *Documento básico sobre la evolución del lavado de activos en el Uruguay – Curso Certificación Oficiales de Cumplimiento*. Christian Suárez. Act. Montevideo: Isede- Ucudal, ago. 2011.

CLINARD, Marshall; QUINNEY, Richard. *Criminal behavior systems. A typology*. 2. ed. New York: Holt, Rinehart y Winston ed., 1973.

CONSELHO FEDERAL DA OAB. Operación Uruguay – Análisis de la regularidad jurídica y eficacia de su soporte documental. *A OAB e o impeachment*. Brasilia, 1993.

DAHL, Robert A. Who Governs? Democracy and power in american city. *Yale University Press*. New Haven/London: Yale University, 1961.

DEMSKI, J.S. Methodology in finance. A selective determination. *Iowa State University Press*. Iowa: Iowa State University, 1986.

FLECK MOYANO, Patricia Luján. *Global bank risk*. Berna: Hasser, 2008.

FORTUNA, Ennio. Aspetti particolari del pentitismo mafioso. Repressione della mafia e nuovo processo penale. En: Giovanni Tinebra (org.). *La mafia oggi – Individuazione del fenómeno y sistemi di lot*. Pádova: Cedam, [s.d.].

HELM ROGERS, Bernard. Inquietud y reflexión- Tormentas especulativas. *East American Review*. vol. VI. n. 12. Washington: [s.n.], jul. 2002.

INTERNATIONAL CENTER OF ECONOMIC PENAL STUDIES. Anales de la 3er. Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo. Sección de Trabajo n. III. Macrodelincuencia económica y riesgos corporativos, V. M. *Doc. AC67//94*. Nueva York, 1994.

KELLERS. *Bankruptcy*. Bruselas: [s.n.], 1974.

MARTINS CATHARINO, José. *Compendio universitario de direito do trabalho*. San Pablo: Jurídica e Universitária, 1972. vol. I.

MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.

_____. Prospettive non emergenziali di controlo dei fatti di criminalità organizzata. En: _____. *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS (Cicad). *Reglamento modelo sobre el delito de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves*.

RESTA, Elgio. Relato sobre aspectos sociales. Ponencia al Congreso de la Asociación Internacional de Seguridad Social realizado en Argentina. *Doc. V. Mim.* Buenos Aires, 1986.

RISSI, Eduardo Mario. *La transnacionalización en la sociedad contemporánea.* México: Jasil, 1991.

SEVERIN, Louis W. The economic crime and it profits. *Law and Criminology Review*. vol. 12. n. 3. Austin: School of Law, University of Texas at Austin, 1993.

_____. *Recent developments in relation to economic crimes.* Austin: Ladelt Editors, 1991.

SIBARIN, Frank. Mecanismos macro-económicos y delincuencia financiera. *Ponencia al 2do. Encuentro de Consejos Consultivos y de Dirección del Iceps.* New York, diciembre 1994.

TAVARES, Juarez. Los límites dogmáticos de la cooperación penal internacional. En: Raúl Cervini (org.). *Curso de Cooperación Penal Internacional.* Ucudal, Fundación Educacional Dom Andre Arcoverde de Valenca. Iceps. Montevideo: Ed. Carlos Alvarez, 1984.

THORWARD, Jürgen. *Crime and science.* New York: [s.n.], 1966.

TIEDEMANN, Klaus. Apresentação critica. En: ARAUJO JUNIOR, João Marcello. *Crimes contra a ordem econômica.* San Pablo: Ed. RT, 1995.

_____. *Poder económico y delito (Introducción al derecho penal económico y de la empresa).* Barcelona: Ariel, 1985.

TIRENNO, Duilio. La lotta alla criminalitá economica. *Rivista Trimestrale Lucerne.* vol. VI. n. 5. Milano: [s.n.], 2008.

VERSELE, Servin. Carlos. Las cifras doradas de la delincuencia. *Revista Ilanud al Dia.* año 1. n. 1. San José: Ilanud,1978.

VIGNA, Piero L. Nuevos institutos procesales contra el crimen organizado. En: Guillermo J. Yacobucci (coord.). *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización.* Buenos Aires: Universidad Austral, Biblioteca de Estudios Penales/Abaco, 2005.

VOLZ FARIAS, Emilio Enrique. *Matemática financiera aplicada as operações do mercado financeiro.* Santa María: Ed. Feev, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Programas de *compliance* e a defesa da concorrência: perspectivas para o Brasil, de Maria Beatriz Martinez – *RIBRAC* 12/153.